محمد محفوظ
أستاذ تعليم عال

النظرية العامة للالتزام (II)

المسؤولية المدنية

محمد محفوظ

المسؤولية المدنية

9789938858082

الثمن 17 د.ت

ويتطلب التقديم للمسؤولية المدنية عامة أن يقع إبراز مكانتها ضمن بقية المسؤوليات القانونية الأخرى (في مبحث أول)، وأن يتم التركيز على خصوصياتها كمسؤولية قانونية (في مبحث ثان).

مبحث 1

مكانة المسؤولية المدنية

تتعدد المسؤوليات القانونية؛ وما يتوجب مقارنتها بها، المسؤولية الجزائية (في قسم 1) والمسؤولية الإدارية (في قسم 1)[1]

قسم 1 - المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية

ترمي المسؤولية الجزائية إلى ردع الأشخاص القانونيين لأجل مخالفتهم لأحكام القانون الجزائي الذي يتجسم بالعقوبات الجزائية المعينة بالفصل 5 من المجلة الجزائية[2].

ومن خصوصيات المسؤولية الجزائية مقارنة بالمسؤولية المدنية وأنه لا يمكن تطبيق أحكام الأولى إلا بناء على وجود نص سابق الوضع، بخلاف

(1) نترك جانبا المسؤولية السياسية والتي تؤول إلى إبعاد الفريق الحاكم وتعويضه بغيره طبقا لآليات الدستور أو للأحكام السياسية المتعارف على إتباعها بالمجموعة أما.

(2) تتقارب المسؤولية الجزائية مع المسؤولية التأديبية في طبيعتهما الردعية، وتختلف المسؤولية الجزائية عن المسؤولية التأديبية في أن للثانية صبغة فجموعاتية بالأساس (مجموعة الموظفين، مجموعة المحامين، مجموعة الشركاء، مجموعة أعضاء الحزب الواحد...)؛ ومما وقع الاستقرار عليه قانونا استقلالية المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجزائية، بحيث أن الحكم الجزائي - ولو بعدم سماع الدعوى - لا يلزم القاضي التأديبي؛ قُضي «إن الحكم بعدم سماع الدعوى في خصوص التهم الجزائية لا يمنع الإدارة من تتبع العون تأديبيا باعتبار الصبغة المزدوجة للخطأ المرتكب خاصة إذا ارتأت اعتماد وصف تأديبي صرف للأفعال المنسوبة للعون... ؛ (و) واجب تعليل القرار التأديبي هو شكلية جوهرية لا يمكن استنتاجها من خلال التتبعات الجزائية التي لا تلزم بالضرورة رئيس الإدارة عند اتخاذ القرار الذي يمس بصورة فادحة من المركز القانوني للمخاطب به» (قرار استئنافي إداري في القضية عدد 26441 مؤرخ في 27 جوان 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 223) مأما.

فصل تمهيدي

التقديم للمسؤولية المدنية

تقدَّم المسؤولية المدنية عادة بكونها جزاء قانوني يمكّن المتضررين من تعويض خسائرهم، وهو ما يدمج مادّتها ضمن الالتزامات عامة[1].

وما تتجه ملاحظته بباب التقديم للمسؤولية المدنية وانها [illegible] بالآلية (الاجتماعية) الوحيدة التي تمكّن من التعويض، حيث تنافسها في ذلك مسؤوليات أخرى: منها ما ليست له الطبيعة القانونية كالمسؤوليتين الأخلاقية[2] والدينية[3] واللتين لهما تأثير في المسؤولية المدنية[4]، ومنها ما له طبيعة قانونية وهي التي سوف نركز عليها بهذا المؤلف.

---

(1) حول مفهوم الالتزام، يراجع محمد [illegible] العقد [illegible] 1993 [illegible]

(2) تعرف المسؤولية الأخلاقية بكونها المؤسسة التي يقع بمقتضاها [illegible] الأخلاقية التي تميز بين ما هو من قبيل الخير وما هو من قبيل الشر، والمعلوم أن [illegible] الأخيرة في الذكر تؤدي إلى إعمال جزاء [illegible] تكون محكمته الضمير الشخصي [illegible] ومن ذلك ندم المذنب، أو استهجان المجموعة [illegible] لا [illegible] القانونية، فيتمثل في استهجان البعض من أفرادها للعمل المنتقد [illegible] على شخص آخر، ثم تحدثه بعد ذلك يندم عما أتاه من [illegible] شخص بذاته [illegible] قرارات تأديبية مثلا، يسعر بتأنيب الضمير عن [illegible] مألوفة، فتتأذى من ذلك سخرية غيره واحتقارهم.

(3) تتمثل المسؤولية الدينية [illegible] والحرام، فيؤدي الأول منها إلى [illegible] الثاني منها إلى العقاب الأخروي [illegible]

(4) ومع وجود فوارق بين المسؤوليتين الأخلاقية والدينية من جهة، والمسؤولية [illegible] جهة أخرى، يمكن لهذه أن تتأثر بتلك، إذ تعد الأخلاق [illegible] مقتضيات المسؤولية المدنية، ومن ذلك [illegible] إلحاق المضرة بغيره، أما المسؤولية الدينية فهي [illegible] مرجعا في ضبط العديد من التصرفات [illegible] تحكم العديد منها اعتبارات [illegible]

... التي تشهد أكثر حرية في تطبيق التنصيصات القانونية وفي تأويلها[1]؛ ... في تطبيق المسؤولية الجزائية هو القاضي العدلي مبدئيا، ولئن تدخل ... ذلك قضاة آخرون (المحاكم العسكرية) ووجدت طريقة منافسة في ... بالردع الإداري أيضا[2]؛ ثم أن ما يصدره أي قاض في المسؤولية ... من العقوبات، لا يكون إلا بعد إتباع جملة من الإجراءات (الجزائية) ... إطار محاكمة عادلة تراعي فيها حقوق الدفاع، بخلاف المسؤولية المدنية التي يمكن أن يطبق أحكامها المحكمون (Arbitres) أيضا...

ومع ما تتميز به كل مسؤولية عن الأخرى، فلا مرد لوجود التأثير والتأثر بينهما؛ ومن أسباب ذلك وجود بعض المواقف القانونية التي رتبت قواعد ... لا يزال يعمل بها بجل النظم القانونية إلى حد اليوم؛ ومن ذلك وأن كل عمل جزائي ترتب عنه ضرر مدني لشخص ما يفتح له دعوى في التعويض ... المدني، يمكن أن ترفع أمام القضاء الجزائي بواسطة ما يصطلح عليه بدعوى القيام بالحق الشخصي، ودعوى أخرى في نفس الغرض أمام القضاء المدني يصطلح عليها بالدعوى المدنية[3]؛ ومن القواعد الخاصة ... بين المسؤوليتين أيضا، وأنه لا يمكن للقاضي المدني أن يعارض ما

---

(1) يرجع في هذا الشأن مؤلفات القانون الجزائي.

(2) يتميز الردع الإداري عن نظيره (الردع الجزائي) في كون الأول مصدره الإدارة، ويتجسم ... قرارات، أما الثاني فمصدره القضاء، ويتجسم بأحكام؛ ويعطي الأول مهلة أكثر في إصدار الأحكام الرادعة، مرد ذلك قرينة البراءة، فلا ينطبق الحكم إلا بعد إجراءات يقع فيها الاستماع للمظنون فيه بما يمكنه من الدفاع عن نفسه، بخلاف الأول الذي يتجسم بقرارات قابلة للتنفيذ حينا، ولو أمكن للمستهدفين بمقرراته من الطعون؛ سواء أمام القضاء العدلي أو أمام القضاء الإداري؛ (حول هذه النوعية من الردع، يراجع مؤلف الأستاذتين: M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly : Punir sans juger. De la répression administrative au droit administratif pénal. Economica 199.)

(3) تكون هذه الدعوى خاضعة لأحكام مجلة الإجراءات الجزائية، فتعتبر وكأنها دعوى متفرعة من الدعوى الجزائية، وفي ذلك تخفيف بعض الشيء على المتضررين الذين يمكنهم أن ... بمساندة النيابة العمومية في الإثبات خاصة، ثم أنهم غير مطالبين بتكليف محام ... على حقوقهم، ولو أن طلباتهم تتجاوز مناط ما يستوجب تكليف محام أمام القضاء ...

قضى به زميله الجزائي فيما يتعلق بثبوت الفعل[1]، وأن عليه أن ينتظر ... لإصدار حكمه ـ مآل ما يصدره نظيره الجزائي من أحكام للبت في ضرر تكون أساسه جريمة محل إتباع؛ ولا يمكن القيام بالتعويض المدني متى سقط الحق في التتبع الجزائي؛ أما المواقف القانونية التي يترتب عنها الارتباط بين الدعويين (الجزائية والمدنية) وبالتالي بين مسؤوليتيهما، فمنها وأن الخطأ الجزائي يمكن أن يشكل خطأ مدنيا، ولا يشكل الخطأ المدني خطأ جزائيا ضرورة، ويعرف هذا الموقف بموقف وحدة الخطأين الجزائي والمدني؛ وهي وحدة سائرة نحو التحديد بعديد النظم القانونية[2]، بما فيها التونسي[3].

وما يطرح من إشكالات بسبب المسؤولية الجزائية بالمسؤولية المدنية، يمكن أن يطرح في شأن المسؤولية الإدارية أيضا[4].

---

(1) قضي: «إن ما بت فيه القاضي الجزائي وكان البت فيه ضروريا يقيد القاضي المدني الذي عليه أن يعتبره في حكمه» (قرار تعقيبي مدني عدد 76630، مؤرخ في 10 أفريل 2000، نشرية م.ت لسنة 2000، القسم المدني، الجزء الثاني، ص 156).

(2) استطاع القاضي الإداري أن يتخلص من إشكالية الخطأين اعتمادا على مؤسسة الخطأ المرفقي، وهو خلل في تسيير المرفق الإداري قد يتجلى بخطأ شخصي يقترفه العون الإداري (حادثة الموظف الوحيد الذي فقد التحكم بنفسه فأضر بمريض ... من المرضى، أو بالتلميذ الذي أصاب أحد زملائه بدراجته التي كان ... المدرسة). وقد يستقل عن كل خطأ شخصي؛ سواء وقعت مقاضاة العون جزائيا وإدانته على هذا الصعيد أم أنه لم يقع ذلك؛ قضي: «إن تعرض المريض إلى اعتداءات ... المستشفى يشكل خطأ مرفقيا بصرف النظر عن صفة المعتدي» (المحكمة الإدارية، قضية عدد 21929، مؤرخ في 16 أفريل 1999 ـ المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة ضد ورثة عبد المجيد. مجموعة قرارات المحكمة الإدارية لسنة 1999، ص 388 وما بعد).

(3) يمكن للمتضرر من فعل تصادي حوته بعدم سماع الدعوى ... المرفوعة ضد المتضرر ... جزائيا أن يقوم بالتعويض على أساس الفعل غير القصدي؛ كما يمكن ... في إحداث الضرر أن يؤسس دعواه على الفصل 96 م.إ.ع المتعلق بالمسؤولية ... لا مجال للأخذ بما يقضى به جزائيا حسب رأينا في تعويض الأضرار اللاحقة بالأشخاص طبقا لقانون 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض في ... التأمين الوجوبي.

(4) انظر في العلاقة بين المسؤوليتين الإدارية والجزائية التطبيق القضائي موضوع الحكم الإداري الابتدائي عدد 1/13472 المؤرخ في 29 مارس 2008، ...

قسم 2 - المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية[1]

تلتئم المسؤولية الإدارية بجملة الأحكام التي تنظم سير الإدارة[2] وعملها[3]؛ وما من ريب في اختلاف ذلك من نظام لآخر[4]، وأحيانا ضمن نفس النظام[5]؛ وهناك تطور أفرز توجها عاما نحو اعتبار الإدارة خاضعة

الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 55.

(1) أتوجه بجزيل الشكر للأستاذ عصام بن حسن، الاستاذ المساعد في القانون العام بكلية الحقوق بصفاقس الذي ساعدني في تحرير هذا الحيز من المؤلف.

(2) للإدارة مفهومان: الواحد منهما عضوي، يعرف الإدارة بكونها مجموع الهياكل التي تقوم بتحقيق تدخل الدولة في حياة الأفراد تحت إشراف السلطة السياسية والآخر وظيفي يقدم الإدارة على كونها النشاط الذي تحققه مجمل الهياكل الإدارية مع ما يقتضيه ذلك من اتصال الإدارة بالأفراد فيجعلهم مستفيدين من الخدمات التي توفرها (حول هذه المعاني، يراجع (G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, PUF 1990, t. 1, p. 33

(3) تنطق المسؤولية الإدارية في دعوى التعويض المقام بها من المواطن المتضرر على الإدارة؛ أما دعوى الإدارة في ذلك على المواطن فتخضع لأحكام المسؤولية المدنية؛ قضي: «وحيث في غياب نص صريح يجبر الدولة على القيام أمام القاضي الإداري بالتصريح بمسؤولية الأفراد تجاهها يتعين الرجوع إلى ما استقر عليه عمل القضاء الإداري من أن القاضي الإداري لا يختص سوى بنظر الدعاوى الرامية إلى التصريح بمسؤولية الدولة تجاه الأفراد أما مسؤولية الأفراد تجاه الدولة فهي من أنظار المحاكم العدلية باستثناء حالات معدودة...» (فقه قضاء محكمة إدارية، استئناف عدد 22697، مؤرخ في 11 جويلية 2003، مجموعة قرارات سنة 2000، ص 446 وما بعد)مأما.

(4) لا تقر كافة النظم القانونية بوجود المسؤولية الإدارية؛ المسؤولية المذكورة غير معتمدة بالنظام الانجليزي وبالأنظمة التي تأثرت بهمأما

(5) اعتماد نظام المسؤولية الإدارية بالقانون التونسي كان بناء على تأثير فكر قانوني حديث يقطع مع المبدأ القائل بأن الملك لا يخطئ: Le Roi ne peut se tromper (*The king do not wrong*) وقد ارتبطت نشأة المسؤولية الإدارية بازدواجية القضاء الإداري واكتماله في البلاد الفرنسية منذ سنة 1872 من ناحية وبتطور الفكر السياسي ونظم الحكم التي أصبحت تقبل بمساءلة الحاكم؛ وتبقى مؤسسة المسؤولية الإدارية مؤسسة قضائية بالأساس ابتدع نظامها القضاء الفرنسي منذ قضية «بلانكو» سنة 1873 حيث أكدت محكمة التنازع الفرنسية تميز نظام المسؤولية الإدارية عن نظام المسؤولية المدنية (TC, 8 fév. 1873) أين قضي Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qui les emploie dans le service public, ne peut être régie pr les principes qui sont établis par le code civil»مأما.

للقانون[1]، وبإمكانية مساءلتها لأجل تجاوزاتها لأحكامه[2] التي غالبا ما تشارك في صياغتها المصالح الإدارية نفسها، والانطباق في ذلك لقواعد تأخذ في اعتبارها بطبيعة العمل الإداري وخصوصياته[3]؛ وما كان لهذا الموقف أن يقع لولا تطور في من عدم مساءلة الإدارة إلى الإقرار بمسؤوليتها

وربما أمكن إبراز نوعين في المسؤولية الإدارية:

- فأما من الأولى، فغايتها إخضاع الإدارة إلى قواعد الشرعية؛ وهي تتجسم بدعوى الإفراط في استعمال السلطة بالخصوص، أمام القضاء الإداري[4]، وذاك الشأن بالقانون التونسي، حيث يمكن لمن تظلم من قرار إداري أن يتولى الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية، طبق قانون 1 جوان 1972 المنظم للمحكمة الإدارية وما نقحته من قوانين[5]؛

(1) كان ذلك بالقانون التونسي بصفة محتشمة منذ أواخر القرن التاسع عشر مع أمر 27 نوفمبر 1888 المتعلق بالخصام الإداري والذي يحصص المحاكم المدنية بالنظر في قضايا التعويض التي ترفع على الإدارة، ثم في الفصل 84 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يسحب مسؤولية الفصلين 82 و83 على الدعاوى التي يقام بها على الإدارة، ثم بمقتضى الفصل 69 من الدستور الذي يعلن عن تأسيس مجلس دولة يتركب من دائرة محاسبات ومحكمة إدارية، ثم مع تركيز المحكمة الإدارية بمقتضى القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، ثم مع القانونين عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1972 والقانون عدد 38 لسنة 1996 المحدث لمجلس تنازع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحاكم الإداريةمأما

(2) تتمثل هذه الأحكام في التنصيصات القانونية وفي المبادئ القانونية (حسب الفصل 5 من قانون غرة جوان 1972)

(3) هو عملي للصالح العام (وهو ما يضفي على قرارات الإدارة قرينة الشرعية)، وهو يقتضي سرعة التنفيذ، (وهذا ما يبرز القابلية للتنفيذ بمجرد اتخاذ القرار، ولو مع تمكين المتظلم من القيام بدعوى توقيف التنفيذ أمام المحاكم المختصة: رئيس المحكمة الإدارية في الغالب بمقتضى دعوى توقيف التنفيذ).

(4) قد يتمثل القضاء الذي يطبق قواعد المسؤولية الإدارية في جهاز القضاء الإداري (عادة) وفي جهاز القضاء العدلي (أحيانا ومن ذلك في النزاعات المتعلقة بحوادث سير العربات التي تملكها الإدارة، وفي النزاعات بين المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية وأعوانها - يراجع القانون عدد 39 لسنة 1996 -)؛ وهو ما يوجب إحداث تمايز بين القواعد الإجرائية المنطبقة في المسؤولية الإدارية والقواعد الموضوعيةمأما

(5) جاء بالفصل 10 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية أن يتم

- وأما من المسؤولية الإدارية الثانية، فغايتها تعويض ما ينال الغير (المواطنين) من أجل الأعمال الإدارية الضارة[1]، وقد يكون ذلك بالتعويض العيني (بإنهاء الفعل الضار[2])، أو بالتعويض بمقابل (بصرف مبلغ مالي للمتضرر)، كأن تتولى الإدارة الاستحواذ على أرض مواطن أو الإضرار بها (بوضع تجهيزات فيها أو حتى باستغلالها بمنشأة دائمة)، فيحق له الحصول على تعويض ما ناله من ذلك السلوك، إما بالإذن للإدارة المتسلطة برفع

عدم التنفيذ المقصود لقرارات المحكمة الإدارية خطأ فاحشا معمرا لذمة السلطة الإدارية المعنية بالأمر» وهناك عديد القرارات التي تفسح للمتظلمين من عدم تنفيذ قرارات المحكمة الإدارية من قبيل الخطأ الفاحش الموجب لتعويض ما ينالهم من أضرار مادية ومعنوية؛ قُضي: «إن عدم التنفيذ المقصود للأحكام الصادرة بالإلغاء كاف لوحده لانعقاد مسؤولية الإدارة ومبررا لأحقية المدعي في التعويض ضرورة أن العيب الشكلي الذي اتسم به قرارها الملغي وإن كان قابلا للتصحيح فإنه لا يعفيها من المسؤولية» (محكمة إدارية، ابتدائي عدد 16938، مؤرخ في 12 نوفمبر 1999 - فيصل بوغطاس ضد وزارة المالية-)، مجموعة قرارات المحكمة الإدارية، سنة 1999، ص 231 وما بعد).

(1) عبارة عمل عبارة شاملة، تنطبق على التصرفات القانونية وعلى الأحداث القانونية؛ وفعلا من حالات المسؤولية الإدارية، القيام بالتعويض بناء على ما نال المتظلم من مقررات إدارية وقع إلغاؤها، وعدم تنفيذ أو سوء تنفيذ العقود الإدارية، وعدم صيانة المنشآت العامة وعدم اتخاذ الحيطة في المؤسسات الاستشفائية بما يترتب عنه إضرار بالمرضى... ؛ قُضي: «إن الفحص الطبي الإجباري للتلاميذ والطلبة في بداية كل سنة دراسية لا يقوم مقام العرض على طبيب مختص متى كانت الإدارة على علم تام بالحالة غير العادية للتلميذ المعتدي وإن إحجامها عن اتخاذ التدابير الضرورية قصد حماية الدارسين بالمؤسسة التربوية يشكل خطأ مرفقيا باعتبارها مسؤولة عن أمن التلاميذ بالمعاهد العمومية» (محكمة إدارية - استئناف عدد 21978 مؤرخ في 17 ديسمبر 1999، مجموعة قرارات المحكمة الإدارية لسنة 1999، ص 536).

(2) مما تجدر ملاحظته في هذا الشأن، أنه لا حق لأعوان القضاء العدلي أن يعطوا أوامر من شأنها أن تعطل سير العمل الإداري، خلافا لأعوان القضاء الإداري الذي يمكنهم ذلك (راجع الفصل 3 من قانون 38 لسنة 1996 المتعلق بإحداث مجالس لتنازع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية)».

تجهيزاتها[1] أو بجبرها على تعويضه بأن تؤدي له قيمة الأرض[2]، ويكون ذلك عن طريق التقاضي خاصة[3] أو بالاثنين معا...

ومع ما تتميز به المسؤولية الإدارية من الخصوصيات سواء من حيث القواعد الموضوعية (لا يجوز إيقاف سير العمل الإداري، لاسيما متى تمثل في مرفق عمومي[4]) أو من حيث القواعد الإجرائية (لا يجوز للقضاة

(1) الإذن برفع التجهيزات من الأوامر التي يعطيها القضاء للإدارة؛ ويمنع ذلك على [illegible] العدلي، ولكن ما من مانع أن يصدر الأمر عن القاضي الإداري، طبقا لمقتضيات [illegible] 3 من أمر 27 نوفمبر 1888 سابقا والفصل 3 من القانون عدد 39 لسنة 1996 [illegible] في 3 جوان 1996 الآن؛ قُضي: «اختصاص القاضي الابتدائي للنظر في [illegible] قاضيا إداريا يمكنه من توجيه أوامر للإدارة باعتبار أن التحجير الوارد في الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 لا ينطبق إلا على القاضي العدلي بصفته تلك» (المكلف العام [illegible] الدولة في حق وزارة الداخلية ضد اللجنة الجهوية للتضامن الاجتماعي لولاية تونس [illegible] مارس 2000، مجموعة 2000، ص 313).

(2) قُضي: «عملا بأحكام المجلة العمرانية فإنه يتوجب على البلدية عند تعيينها [illegible] مبرمجة إما اقتناء الأراضي الضرورية لذلك بالتراضي أو اللجوء إلى الانتزاع [illegible] توجيها لإحدى هاتين الطريقتين يجعل من وضعها اليد على عقارات الغير [illegible] على ملكية خاصة تستوجب التعويض عملا بأمر 27 نوفمبر 1888 (الذي [illegible] وعوضت بمقتضى قانون 39 لسنة 1996) (استئناف محكمة إدارية عدد [illegible] في 29 أفريل 2000، مجموعة قرارات 2000، ص 363).

(3) يتجه في هذا الصدد التذكير بالقانون عدد 94 لسنة 2002 المؤرخ في 29 [illegible] والمتعلق بالتعويض للموقوفين والمحكوم عليهم الذين ثبتت براءتهم والذي يمكن [illegible] صدرت لفائدتهم أحكام جزائية بعدم سماع الدعوى بعد فترة إيقاف [illegible] بتعويض ما نالهم من ضرر نتيجة إيقافهم غير المبرر (يكون ذلك أمام [illegible] تونس) متى توفرت جملة من الشروط التي تضيق من مآل الدعوى).

(4) وقع التنصيص على هذه القاعدة سابقا بالفصلين 3 و4 من الأمر العلي المؤرخ في [illegible] نوفمبر 1888 المتعلق بالخصام الإداري والآن بالفصل 3 من القانون [illegible] 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة [illegible] وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص والذي جاء فيه ما يلي: «ليس [illegible] النظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو الإذن [illegible] من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرفق العمومي».

العدليين إعطاء أوامر للإدارة[1])[2]، فإن المسؤولية المذكورة لا تعدو أن

(1) جاء بالفصل 17 جديد من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 مثلما وقع تنقيحه بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 ما يلي: «تختص الدوائر الابتدائية بالنظر ابتدائيا في: - دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية؛ - الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية؛ - الدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعماليها الإدارية غير الشرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادية ترتبت عن أحد أنشطتها الخطرة. كما تنظر في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإدارية باستثناء ما أسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاص»؛ وجاء بالفصل 1 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 والمتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص ما يلي: «تختص المحكمة الإدارية بالنظر في دعاوى مسؤولية الإدارة المنصوص عليها بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بالاستيلاء على العقارات، وكذلك مسؤولية الدولة التي تحل محل أعضاء التعليم العمومي في نطاق التشريع الجاري به العمل (فقرة 1)؛ غير أن المحاكم العدلية تختص بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث العربات والوسائل المتحركة مهما كان نوعها والراجعة للإدارة (فقرة 2)»؛ وجاء بالفصل 2 من نفس القانون مثلما وقع تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 ما يلي: «تختص المحاكم العدلية بالنظر فيما ينشأ من نزاعات بين المنشآت العمومية بما في ذلك المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية، من جهة وأعوان هذه المنشآت أو حرفائها أو الغير، من جهة أخرى (فقرة 1)؛ وتختص المحكمة الإدارية في النزاعات المتعلقة بأعوان المنشآت المذكورة الخاضعين للنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية أو الراجعين لنظر المحكمة الإدارية بمقتضى القانون (فقرة 2)؛ وتختص المحاكم العدلية بالنظر في جميع ما ينشأ من نزاعات بين صناديق الضمان الاجتماعي ومستحقي المنافع الاجتماعية. (فقرة 3)»؛ حول هذه المسائل يراجع عياض بن عاشور: المنازعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، 2010.

(2) طبقا لمقتضيات الفصل 3 من أمر 27 نوفمبر 1888 سابقا والفصل 3 من القانون عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 الآن؛ مع لفت الانتباه وأن منع إعطاء الأوامر للإدارة ينطبق على قضاة الجهاز العدلي لا على نظرائهم بالجهاز الإداري؛ قُضي: «حيث ولئن كان انتصاب القاضي الابتدائي في قضية الحال بصفته قاضيا إداريا يمكنه توجيه الأوامر للإدارة باعتبار أن التحجير الوارد في الأمر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 لا ينطبق إلا على القاضي العدلي بصفته تلك فإن تصرف الإدارة في عقار الغير، ولو كان بصفة غير شرعية يحول دون إمكانية الإذن بإرجاعه إلى مالكه الأصلي متى ثبت تشييد منشأة عمومية فوقه وذلك عملا بمبدأ عدم المساس بالمنشآت العمومية الذي يجد أساسه في ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مع إبقاء باب التعويض مفتوحا أمام المتضرر» (فقه قضاء محكمة إدارية استئناف عدد 21908، مؤرخ في 10 مارس 2000، مجموعة قرارات سنة 2000، ص 313 وما بعد).

تكون سوى مسؤولية مدنية[1] تنطبق عليها ما ينطبق على هذه الأخيرة من القواعد[2]؛ بل للمسؤولية الإدارية (بمثل ما ضبطها فقه القضاء الإداري التونسي على وجه الخصوص) فائدة كبرى في توضيح عديد مفاهيم ومؤسسات المسؤولية المدنية التقليدية، بل وفي إثراء هذه الأخيرة بعديد المفاهيم المفيدة للمتضررين، ومن ذلك مفهوم الخطأ المرفقي والخطأ

(1) بل تجد من يعدها مسؤولية مدنية بحتة: R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, 15ème éd., Montchrestien, 2001, n° 1408.

(2) لا يشعر القانوني الخاص بالاغتراب إزاء القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية في مادة المسؤولية الإدارية، والأحكام الصادرة من القضاة العدليين بمادة المسؤولية المدنية؛ إذ هنا وهناك نجد ضررا وفعل ضار وسببية بين هذا وذاك لا مسؤولية بدونها؛ وهنا وهناك المصطلحات هي نفسها تقريبا (الخطأ اليسير والخطأ الفاحش والخطأ القصدي، والسبب الخارجي وفعل الضحية وفعل الغير...)، وهنا وهناك تنقسم المسؤولية إلى تعاقدية وتقصيرية؛ وهنا وهناك يقع تعويض الأضرار المادية والمعنوية مع شيء من الريبة فيما يتعلق بهذه الأخيرة؛ وفي المسؤولية الإدارية يقع الرجوع إلى قواعد مجلة الالتزامات والعقود التي تعد وأن لها صبغة ثانوية؛ ومن أمثلة ذلك في آجال التقادم؛ قُضي «استقر فقه قضاء هذه المحكمة على أنه في غياب نص صريح يتعلق بالتقادم في نطاق المسؤولية الإدارية فإنه يجب الرجوع إلى القاعدة العامة الواردة بالفصل 402 من م إ ع والمتمثلة في أن كل دعوى ناشئة عن تعمير الذمة لا تسمع بعد مضي خمسة عشر سنة» (محكمة إدارية استئناف عدد 22391، مؤرخ في 28 أفريل 2000، مجموعة قرارات 2000، ص [illegible])؛ مثله الحكم الابتدائي عدد 1/15310 مؤرخ في 24 ديسمبر 2008 (فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص [illegible]). وتجد هنا وهناك ميل إلى عدم إرهاق المطلوب لقيامه بعمل مجاني، أساسه الإيثار وفعل الخير: قُضي. «إنه بالرجوع إلى القانون الأساسي لجمعية التعاون على [illegible] المدرسية وخاصة الفصل الثاني منه يتضح أنها تتدخل عن طريق رؤساء المعاهد [illegible] الات استعجالية لا غير وأن هذا التدخل فوري وله صبغة إنسانية ولا تنجر عنه [illegible] الجمعية» (استئناف محكمة إدارية، عدد 22496، مؤرخ في 15 جويلية 2000، مجموعة قرارات سنة 2000، ص 453)؛ وكذا الموقف في المسؤولية المدنية التشيئية خاصة، حيث هناك اتجاه في عدم تحميل مسؤولية الشخص الذي أعار شيئا على وجه التفضل أو [illegible] القيام بعمل شهدت بمناسبته المضرة..

الشخصي(1) والمنشأة الخطرة والذي منه أرسي مفهوم الضرر غير العادي(2)؛ ومفهوم الضرر المتناسب(3)؛ وهو ما سوف نتبيّنه في مواضع عدة بهذا المؤلف، بما في ذلك فيما يتعلق بخصوصيات المسؤولية المدنية البحتة إن صح التعبير(4).

(1) قضي "مساءلة الإدارة عن الأضرار الناجمة عن العلاج داخل المؤسسات العمومية الاستشفائية تجد أساسها واقعا وقانونا في النشاط اليومي للإطارات الطبية وشبه الطبية حال مباشرتهم لأعمالهم في إطار مساهمتهم في سير المرفق العمومي للصحة العمومية، وتكون الإدارة تبعا لذلك ملزمة بالتعويض للمتضررين مع حفظ حقها إن ارتأت ذلك في الرجوع بالدرك على الطبيب أو الإطار شبه الطبي المعني متى ثبت خطأه الشخصي" (قرار استئنافي إداري في القضيتين عدد 25679 و25698 مؤرخ في 16 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 237).

(2) قضي "تعدّ الخطوط الكهربائية من المنشآت الخطرة التي يمكن أن ينتج عن وجودها خطر من شأنه أن يتسبب في أضرار غير عادية سواء بالنسبة لمستعمليها أو للغير، مما تكون معه مسؤولية الشركة التي ترجع لها تلك المنشآت الخطرة عن الأضرار الناتجة عنها مسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ، بل تجد أساسها في فكرة المخاطر ويكفي لقيامها إثبات الضرر وقيام العلاقة السببية المباشرة بينه وبين المنشأة الخطرة، ولا تعفى منها الإدارة إلا إذا كان مرد ذلك الضرر خطأ المتضرر أو وجود قوة قاهرة" (قرار استئنافي إداري عدد 25896 مؤرخ في 16 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 273).

(3) قضي "إن الإصابة بالتعفن الجرثومي الناشئ عن الإقامة بالمؤسسات الصحية يستند إلى قرينة الخطأ التي تعدّ قائمة كلما ثبت حصول ضرر للمريض لا يتناسب مع السبب الذي دخل من أجله المؤسسة الاستشفائية وتبيّنت العلاقة السببية بين الضرر والعلاج الذي تلقاه ولا تعفى الإدارة من المسؤولية إلا إذا أقامت الدليل على تسييرها المرفق الصحي تسييرا عاديا وقيامها بكل ما هي مطالبة به حسب التراتيب والعرف لتفادي الضرر أو إذا أثبتت أن الضرر مرده قوة قاهرة أو أمر طارئ أو خطأ ينسب إلى المتضرر بإسهامه في تعكّر حالته الصحية" (قرار استئنافي إداري عدد 26120 مؤرخ في 22 ماي 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 244)؛ ومثله القرار الصادر عن نفس المحكمة في القضيتين عدد 25679 و25698 بتاريخ 16 أفريل 2008، نفس المرجع، ص 237.

(4) بما أجازت مؤسسة المسؤولية الإدارية التمييز بين المسؤولية المدنية الإدارية من جهة والمسؤولية المدنية البحتة من جهة أخرى

مبحث 2

خصوصيات المسؤولية المدنية

تتميز المسؤولية المدنية بتطور معين (قسم 1)، كان له أبلغ الأثر فيما سوف يلتئم لها من محتوى (قانوني) اليوم (قسم 2).

قسم 1 – تطور المسؤولية المدنية

لم تبق المسؤولية المدنية بدون أن تتغير عبر الزمن؛ وهو ما يجيز الحديث عن ماضيها (فقرة 1) والذي لا يزال يتحكّم – إلى حد بعيد – في حاضرها (فقرة 2).

فقرة 1 – ماضي المسؤولية المدنية

ضاربة في القدم الشرائع التي تقر للمتضررين بتعويض ما يالهم من أضرار؛ وربما كان من أهم ذلك، قانون أكويليا بروما(1)، والقرآن الكريم على وجه الخصوص(2)...

ومن المحطات الهامة بتقنين المسؤولية المدنية عموما، ما خُصّ لها بالمجلة المدنية الفرنسية الصادرة بتاريخ 21 مارس 1804، والمتمثلة في

(1) La loi Aquilia؛ وهو أول نص على ما يذكر يستعمل شروط المسؤولية المدنية المتمثلة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والفعل الضار...

(2) يفرق القرآن الكريم بين أفعال قصدية تكون موجبة للقصاص، وأخرى غير قصدية تكون موجبة للدية؛ والمقصود بالقصاص، رد فعل توقعه السلطة الاجتماعية على الجاني، ويكون ذلك في أضرار قصدها هذا الأخير، إلا أن يعبر الضحية عن ندمه، ويكون ذلك في أفعال من دون الحدود، فيتحول بها الفعل من جريمة موجبة للعقوبات الردعية (...) إلى فعل ضار موجب للتعويضات المدنية في شكل نقدي (كذا من الدنانير) أو عيني (كذا من الإبل) يعرف بالدية، يدفعها الفاعل أو أهله (العقيلة) للضحية أو لأهله...

الفصول من 1134 إلى 1155 المعيّنة للمسؤولية التعاقدية[1]، وفي الفصول من 1382 إلى 1386 المعينة للمسؤولية التقصيرية بشتى أنواعها[2].

ولكن الفصول المذكورة لم تستوعب كافة أحكام المسؤولية المدنية بفرعيها: التعاقدية والتقصيرية، بالقانون الفرنسي، بل أضاف لها فقه القضاء العديد من الأحكام الأخرى، خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية الشيئية، ومؤسسة التعسف في استعمال الحق، ومؤسسة مضار الجوار، وغيرها من المؤسسات التي اعتبرت من ملحقات المسؤولية المدنية وهو ما سوف تتأثر به مجلة الالتزامات والعقود التونسية ـ حال تحريرها ـ في تنظيمها لهذه المسائل لاحقا[3]، حيث اعتبرت من مصادر الالتزامات الموجبة للتعويض عموما.

ولم تشذ المجلة المذكورة في تنظيمها للمسؤولية المدنية بصفة عامة عن الطريقة التي اتبعتها في تقنين بقية الظواهر القانونية، حيث تأثرت، في هذا الباب، بالتشريع الإسلامي من جهة وبالقانون الغربي، من جهة أخرى[4]؛ ويبدو تأثير التشريع الإسلامي واضحا فيها من خلال الأخذ بنظرية تحمل التبعة (بالفصل 554[5]) ومن استعمال فصولها (المدعّم بالترجمة) لبعض

---

(1) والأخذ بالتفرقة بين الالتزامات ببذل عناية والالتزامات بتحقيق نتيجة..

(2) الفصل 1382 يتعلق بالمسؤولية الشخصية عن الأخطاء القصدية، والفصل 1383 يتعلق بالمسؤولية الشخصية عن الأخطاء غير القصدية، والفصل 1384 يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير، والفصل 1385 يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان، والفصل 1386 يتعلق بالمسؤولية عن فعل البناء.

(3) وتمت صياغة مجلة الالتزامات والعقود التونسية، كما هو معلوم، في آخر القرن التاسع عشر، من قبل لجنة مكونة من فقهاء مسلمين وآخرين غربيين عين أحدهم (صانتيلانا وهو مستشرق إيطالي الأصل) مقررا لها، ودخلت حيز التنفيذ في بداية القرن العشرين، وتحديدا بداية جانفي 1907...

(4) حول هذه المسائل تراجع أعمال ملتقى مائوية مجلة الالتزامات والعقود المنعقد أيام 12 و13 و14 و15 أفريل 2006 من قبل كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، وخاصة في هذه المسألة بالذات مداخلة الأستاذ نذير بن عمو (في تقديم لأعمال الملتقى. يراجع جلول شلبي: تقديم...، القضاء والتشريع، ماي 2006، ص 227 وما بعد).

(5) جاء بهذا الفصل «الخراج بالضمان، أن من له النما عليه التوا»، ويعد هذا النص مما يرسي لفكرة تحمل التبعة كمؤسس للتعويض المدني بتونس؛ وهو ترديد للتنصيص الوارد

الكلمات والعبارات (ومنها كلمة «الضمان»)؛ أما التأثير الغربي، ففرنسي بالأساس، لا يقف بإيراد بعض الصيغ (الفرنسية) فحسب، بل وباعتماده لبعض المواقف التي ظهرت في فقه القضاء الفرنسي إبان تحريرها، ومن ذلك ما ورد في شأن التعسف في استعمال الحق (الفصل 103) وفي شأن تنظيم مضار الجوار (الفصلان 99 و100 م إع) وفي شأن اعتبار الأعذار المبرئة (الدفاع المشروع بالفصل 104)...[1]

فقرة 2 ـ حاضر المسؤولية المدنية

قد يتراءى للبعض وأن المسؤولية المدنية بصدد التراجع.. وما من شك في صحة هذا القول، اعتبارا إلى تكاثر القوانين التي ترسي قواعد غايتها التعويض الآلي، وذلك الشأن بميدان الأمراض المهنية وميدان حوادث الشغل، من جهة[2]، وميدان حوادث المرور، من جهة أخرى[3]، بقطع النظر عن وجود خطأ من عدمه[4]، ومن وجود سبب أجنبي من عدمه[5]

بالمجلة العثمانية التي قننت الفقه الحنفي في المواد القانونية عموما ـ الغرم بالغنم والخراج بالضمان، أي من له النما فعليه التوا»

(1) سوف يتدعم تقارب القانون التونسي مع نظيره الفرنسي بدرجة أكثر بسبب تعلم ... لأصول القانون بالمدارس الفرنسية وتلقيهم لذلك على فقهاء فرنسيين ومن مؤلفات ... على وجه الخصوص...

(2) ذلك الشأن بالنسبة لقانون الحوادث الشغلية والأمراض المهنية (قانون عدد 28 لسنة 1994، المؤرخ في 21 فيفري 1994

(3) المنظم بالقانون عدد 86 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، المتعلق بإدراج عنوان خامس بمجلة التأمين يخص تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور والذي دخل حيز التنفيذ في غرة جانفي 2006

(4) جاء بالفصل 121 من مجلة التأمين المضاف بالقانون عدد 86 لسنة 2005، ما يلي: «يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ... دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الذي لا يمكن تبريره (Injustifiable في الصياغة الفرنسية للنص)»

(5) جاء بالفصل 124 من نفس القانون ما يلي «لا يمكن معارضة متضرري حوادث المرور ... بدون فيهم سائق أو حافظ العربة البرية ذات محرك بالقوة القاهرة أو بالأمر الطارئ أو ...

الشخصي(1) والمنشأة الخطرة والذي منه أربيَ مفهوم الضرر غير العادي(2) ومفهوم الضرر المتناسب(3)؛ وهو ما سوف نتبيّنه في مواضع عدة بهذا المؤلف، بما في ذلك فيما يتعلق بخصوصيات المسؤولية المدنية البحتة إن صح التعبير(4).

---

(1) قضي «مساءلة الإدارة عن الأضرار الناجمة عن العلاج داخل المؤسسات العمومية الاستشفائية تجد أساسها واقعا وقانونا في النشاط اليومي للإطارات الطبية وشبه الطبية حال مباشرتهم لأعمالهم في إطار مساهمتهم في سير المرفق العمومي للصحة العمومية، وتكون الإدارة تبعا لذلك ملزمة بالتعويض للمتضررين مع حفظ حقها إن ارتأت ذلك في الرجوع بالدرك على الطبيب أو الإطار شبه الطبي المعني متى ثبت خطأه الشخصي» (قرار استئنافي إداري في القضيتين عدد 25679 و25698 مؤرخ في 15 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 237).

(2) قضي «تعد الخطوط الكهربائية من المنشآت الخطرة التي يمكن أن ينتج عن وجودها خطر من شأنه أن يتسبب في أضرار غير عادية سواء بالنسبة لمستعمليها أو للغير، مما تكون معه مسؤولية الشركة التي ترجع لها تلك المنشآت الخطرة عن الأضرار الناتجة عنها مسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ، بل تجد أساسها في فكرة المخاطر ويكفي لقيامها إثبات الضرر وقيام العلاقة السببية المباشرة بينه وبين المنشأة الخطرة، ولا تعفى منها الإدارة إلا إن كان مرد ذلك الضرر خطأ المتضرر أو وجود قوة قاهرة» (قرار استئنافي إداري عدد 25698 مؤرخ في 15 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 273).

(3) قضي «إن الإصابة بالتعفن الجرثومي الناشئ عن الإقامة بالمؤسسات الصحية يستند إلى قرينة الخطأ التي تعد قائمة كلما ثبت حصول ضرر للمريض لا يتناسب مع السبب الذي دخل من أجله المؤسسة الاستشفائية وتبيّنت العلاقة السببية بين الضرر والعلاج الذي تلقاه ولا تعفى الإدارة من المسؤولية إلا إذا أقامت الدليل على تسييرها المرفق الصحي سيرا عاديا وقيامها بكل ما هي مطالبة به حسب التراتيب والعرف لتفادي الضرر أو إذا أثبتت أن الضرر مرده قوة قاهرة أو أمر طارئ أو خطأ ينسب إلى المتضرر بإسهامه في تعكّر حالته الصحية» (قرار استئنافي إداري عدد 26170 مؤرخ في 22 ماي 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 244)؛ ومثله القرار الصادر عن نفس المحكمة في القضيتين عدد 25679 و25698 بتاريخ 15 أفريل 2008، نفس المرجع، ص 237.

(4) ربما أجازت مؤسسة المسؤولية الإدارية التمييز بين المسؤولية المدنية الإدارية من جهة والمسؤولية المدنية البحتة من جهة أخرى.

مبحث 2

خصوصيات المسؤولية المدنية

تتميز المسؤولية المدنية بتطور معين (قسم 1)، كان له أبلغ الأثر فيما سوف يلتئم لها من محتوى (قانوني) اليوم (قسم 2).

قسم 1 – تطور المسؤولية المدنية

لم تبق المسؤولية المدنية بدون أن تتغير عبر الزمن؛ وهو ما يجيز الحديث عن ماضيها (فقرة 1) والذي لا يزال يتحكّم - إلى حد بعيد - في حاضرها (فقرة 2).

فقرة 1 – ماضي المسؤولية المدنية

ضاربة في القدم الشرائع التي تقر للمتضررين بتعويض ما يألمهم من أضرار؛ وربما كان من أهم ذلك، قانون أكويليا بروما(1)، والقرآن الكريم على وجه الخصوص(2)...

ومن **المحطات الهامة** بتقنين المسؤولية المدنية عموما، ما خُصّ لها بالمجلة المدنية الفرنسية الصادرة بتاريخ 21 مارس 1804، والمتمثلة في

---

(1) La loi Aquilia؛ وهو أول نص على ما يذكر يستعمل شروط المسؤولية المدنية الشخصية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والفعل الضار.

(2) يفرق القرآن الكريم بين أفعال قصدية تكون موجبة للقصاص، وأخرى غير قصدية تكون موجبة للدية؛ والمقصود بالقصاص، رد فعل توقعه السلطة الاجتماعية على الجاني ويكون ذلك في أضرار قصدها هذا الأخير، إلا أن يعفو الضحية عن دمه، ويكون ذلك في أفعال من دون الحدود، فيتحول بها الفعل من جريمة موجبة للعقوبات الردعية (تعزير) إلى فعل ضار موجب للتعويضات المدنية في شكل نقدي (كذا من الدنانير) أو عيني (كذا من الإبل) يعرف بالدية، يدفعها الفاعل أو أهله (العقيلة) للضحية أو لأهله.

الفصول من 1134 إلى 1155 المعيّنة للمسؤولية التعاقدية[1]، وفي الفصول من 1382 إلى 1386 المعيّنة للمسؤولية التقصيرية بشتى أنواعها[2].

ولكن الفصول المذكورة لم تستوعب كافة أحكام المسؤولية المدنية بنوعيها: التعاقدية والتقصيرية، بالقانون الفرنسي، بل أضاف لها فقه القضاء العديد من الأحكام الأخرى، خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية الشيئية، ومؤسسة التعسف في استعمال الحق، ومؤسسة مضار الجوار، وغيرها من المؤسسات التي اعتبرت من ملحقات المسؤولية المدنية وهو ما سوف تتأثر به مجلة الالتزامات والعقود التونسية ـ حال تحريرها ـ في تنظيمها لهذه المسائل لا حقا[3]، حيث اعتبرت من مصادر الالتزامات الموجبة للتعويض عموما.

ولم تشذ المجلة المذكورة في تنظيمها للمسؤولية المدنية بصفة عامة عن الطريقة التي اتبعتها في تقنين بقية الظواهر القانونية، حيث تأثرت، في هذا الباب، بالتشريع الإسلامي من جهة وبالقانون الغربي، من جهة أخرى[4]؛ ويبدو تأثير التشريع الإسلامي واضحا فيها من خلال الأخذ بنظرية تحمل التبعة (بالفصل 554[5]) ومن استعمال فصولها (المدعّم بالترجمة) لبعض

---

(1) والأخذ بالتفرقة بين الالتزامات ببذل عناية والالتزامات بتحقيق نتيجة...

(2) الفصل 1382 يتعلق بالمسؤولية الشخصية عن الأخطاء القصدية، والفصل 1383 يتعلق بالمسؤولية الشخصية عن الأخطاء غير القصدية، والفصل 1384 يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير، والفصل 1385 يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان، والفصل 1386 يتعلق بالمسؤولية عن فعل البناء.

(3) وتمت صياغة مجلة الالتزامات والعقود التونسية، كما هو معلوم، في آخر القرن التاسع عشر، من قبل لجنة مكونة من فقهاء مسلمين وآخرين غربيين عين أحدهم (صانتيلانا وهو مستشرق إيطالي الأصل) مقرر لها، ودخلت حيز التنفيذ في بداية القرن العشرين، وتحديدا بداية جانفي 1907...

(4) حول هذه المسائل تراجع أعمال ملتقى مائوية مجلة الالتزامات والعقود المنعقد أيام 12 و13 و14 و15 أفريل 2006 من قبل كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، وخاصة في هذه المسألة بالذات مداخلة الأستاذ نذير بن عمو (في تقديم لأعمال الملتقى. يراجع جلول شلبي: تقديم... القضاء والتشريع، ماي 2006، ص 227 وما بعد)

(5) جاء بهذا الفصل «الخراج بالضمان، أن من له النما عليه التواء»، ويعد هذا النص مما يرسي لفكرة تحمل التبعة كمؤسس للتعويض المدني بتونس، وهو ترديد للتنصيص الوارد

الكلمات والعبارات (ومنها كلمة «الضمان»)؛ أما التأثير الغربي، ففرنسي بالأساس، لا يقف بإيراد بعض الصيغ (الفرنسية) فحسب، بل وباعتماده لبعض المواقف التي ظهرت في فقه القضاء الفرنسي إبان تحريرها، ومن ذلك ما ورد في شأن التعسف في استعمال الحق (الفصل 103) وفي شأن تنظيم مضار الجوار (الفصلان 99 و100 م ا ع) وفي شأن اعتبار الأعذار المبرئة (الدفاع المشروع بالفصل 104)[1].

فقرة 2 ـ حاضر المسؤولية المدنية

قد يتراءى للبعض وأن المسؤولية المدنية بصدد التراجع. وما من شك في صحة هذا القول، اعتبارا إلى تكاثر القوانين التي ترسي قواعد غايتها التعويض الآلي، وذلك الشأن بميدان الأمراض المهنية وميدان حوادث الشغل، من جهة[2]، وميدان حوادث المرور، من جهة أخرى[3]، بقطع النظر عن وجود خطأ من عدمه[4]، ومن وجود سبب أجنبي من عدمه[5].

بالمجلة العثمانية التي قننت الفقه الحنفي في المواد القانونية عموما «الغرم بالغنم» والخراج بالضمان، أي من له النما فعليه التواء».

(1) سوف يتدعم تقارب القانون التونسي مع نظيره الفرنسي بدرجة أكثر بسبب تعلم التونسيين لأصول القانون بالمدارس الفرنسية وتلقيهم لذلك على فقهاء فرنسيين ومن مؤلفات فرنسية على وجه الخصوص...

(2) ذاك الشأن بالنسبة لقانون الحوادث الشغلية والأمراض المهنية (قانون عدد 28 لسنة 1994، المؤرخ في 21 فيفري 1994

(3) المنظم بالقانون عدد 86 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، المتعلق بإدراج عنوان خامس بمجلة التأمين يخص تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور والذي دخل حيز التنفيذ في غرة جانفي 2006

(4) جاء بالفصل 121 من مجلة التأمين المضاف بالقانون عدد 86 لسنة 2005، أنه [illegible] يلي: «يتم تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص [illegible] دون إمكانية معارضتهم بخطأ من جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الذي لا يمكن تبريره (injustifiable في الصياغة الفرنسية للنص)».

(5) جاء بالفصل 124 من نفس القانون ما يلي: «لا يمكن معارضة متضرري حوادث المرور بدون فعل سائق أو حافظ العربة البرية ذات محرك بالقوة القاهرة أو بالأمر الطارئ أو [illegible]

عنصر 1 – مجسمات التفرقة بين المسؤوليتين

من مجسمات الاختلاف في أحكام المسؤوليتين وأن أجل رفع دعوى التعويض في التعاقدية هو مبدئيا خمسة عشر سنة من قيام العقد، إلا أن يوجد تنصيص مغاير (الفصل 402 م اع)؛ وأن أجل رفع الدعوى في التقصيرية هو ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالفعل الضار، على أن لا يتعدى الأجل المذكور الخمسة عشر سنة من يوم إتيانه، إلا أن يوجد تنصيص مغاير أيضا (الفصل 115 م ا ع)[1]؛ ويخضع القيام في الدعوى التعاقدية إلى تنبيه مسبق (طبقا للفصول 269 وما بعد من م اع)، بخلاف الدعوى التقصيرية التي لا اشتراط فيها لهذا الإجراء[2]؛ والمسؤولية التعاقدية يمكن أن تشهد التضييق المسبق (بإدماج بنود مستبعدة للتعويض أو مخففة منه)[3]، بخلاف التقصيرية التي لا يجوز فيها ذلك[4]؛ ويبدو القانون متشبثا بالقاعدة القائلة

---

(1) من التنصيصات المخالفة ما جاء بالفصل 125 من مجلة التأمين المضاف بمقتضى القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 والمتعلق بإدراج عنوان خامس بمجلة التأمين يخص تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور ما يلي: "تسقط الدعاوى الناشئة عن حوادث المرور بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر أو من يؤول إليهم الحق عند الوفاة بالضرر أو بمن تسبب فيه".

(2) مرد ذلك وأن المسؤولية التعاقدية مبناها العقد، أما التقصيرية فمبناها القانون الذي لا يعذر بجهله أحد مأما.

(3) إلا أن يكون المسؤول مغررا أو مرتكبا لخطأ فاحش (الفصل 244 م اع "لا يسوغ لعاقد أن يشترط عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده")...

(4) إلا أن يقع الاتفاق بعد حصول الضرر...

بأن التعويض في التعاقدية لا يكون إلا بالنسبة للضرر المتوقع[1]، خلافا للتقصيرية التي يمكن أن يطول حتى الضرر غير المتوقع[2]...

وللاختلاف في أحكام المسؤوليتين (التقصيرية والتعاقدية) أثره على المستوى الإجرائي أيضا؛ فمن يتولى تأسيس دعواه على فصول المسؤولية التعاقدية وكان عليه أن يؤسسها على فصول المسؤولية التقصيرية، أو العكس، يمكن أن يجازى برفض دعواه، مع ما يترتب عن ذلك من خسارة قد تجعله يفقد حقه أحيانا[3]؛ وهو مما انتقده بعضهم[4] لاسيما من أولئك

---

(1) الضرر المتوقع خسارة يمكن للأطراف أن يتحسبوا لها أثناء إبرام العقد؛ قضي « Un dommage est prévisible, au sens de l'article 1150, lorsqu'il peut être normalement prévu par les contractants au moment de la conclusion de la convention » (Civ. 1re, 25 janv. 1989, D. 1989, IR. 47) ; « Ainsi, le dommage résultant pour un voyageur de l'impossibilité où il s'est trouvé, à la suite d'un retard très important à l'arrivée du train, de poursuivre son voyage comme il l'avait prévu et organisé et de la nécessité corrélative d'avoir dû acheter d'autres titres de transports n'est pas imprévisible pour la SNCF ...» (Paris 31 mars 1994, Gaz. Pal. 1994. 1. 407) , « Une compagnie de taxis devait prévoir que des clients ayant commandé un taxi pour le lendemain matin voulaient prendre le train conduisant à l'aéroport et donc poursuivre leur voyage » (Dijon 7 oct. 2003, Responsabilité civile et assurance 2004, n° 3, note Radé)؛ ليس من المتوقع من قبل الناقل أن تتضمن حقيبة مجوهرات، إلا أن يكون صاحبها صائغي؛ ويصبح الضرر لا متوقع واجب التعويض متى اقترف المطلوب خطأ متعمدا أو خطأ فاحشا...

(2) وقع التنصيص على هذه القاعدة بالفصل 1150 بالمجلة المدنية الفرنسية القائل « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

(3) يعتمد فقه القضاء الإداري في هذا الشأن موقفا معايرا، حيث نجد عديد القرارات التي يعتمد فيها القضاء الابتدائي على سند، ويقع في الطعن من قبل الإدارة التي تطلب النقض والقضاء من جديد برفض الدعوى، فنجد قضاء الاستئناف الإداري يرفضون الاستجابة لهذا الدفع، مقتصرين على تصحيح السند، وهو ما لا يمكن حسب البعض من قبل قضاء الجهاز العدلي اعتبارا إلى الفصل 70 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يوجب على المدعي أن يحدد سبب دعواه، وبناء على الاختلاف بين الإجراءات الإدارية ذات الصبغة الاستقصائية خاصة والإجراءات المدنية ذات الصبغة الاتهامية بالخصوص، وحبذا لو أن المشرع يتدخل ويلغي تنصيص الفصل 70 أعلاه، والذي يجعل من التداعي المدني مسألة تقنيات لا شك وأنها لا تتلاءم والغرض من القانون، كوسيلة يقع بواسطتها إيصال الحقوق إلى أصحابها...

(4) Ph. Le tourneau et L. Cadiet , *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 2002-03 ; Ph. Remy, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, pp. 323 et ss.

الذين يشهد نظامهم نفس التفرقة[1]، وهو ما سوف يلمس بمزيد من التعمق في أسس التفرقة.

فقرة 2 – أسس التفرقة

تبدو أسس التفرقة بين المسؤوليتين (التعاقدية والتقصيرية) بسيطة مبدئيا: فالأولى مبناها التزام تعاقدي، والثانية، التزامات لا تعاقدية إن صح التعبير[2]؛ وهو ما يتطلب، من المتضرر، في كل مرة، أن يبين الطبيعة القانونية للعمل الذي تضرر منه، إن كان منشؤه الاتفاق أم شيء آخر[3]؛ ومن تضرر من خارج العقد عليه أن يرفع دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية[4].

ومما يترتب عن التفرقة بين المسؤوليتين أيضا وأن دعوى التعاقدية تتطلب أن يكون العقد قد نشأ صحيحا[5]، فإذا ما كان الغرض منها إبطاله (لعيب في الإكراه، أو للخلل في المحل أو في لغياب في السبب أو غيرها

(1) دون إجماع؛ يقول الأستاذان Delebecque و Pansier في هذا الصدد: « Ce concept (de la responsabilité contractuelle) a été récemment critiqué..., mais sans doute d'une manière excessive. La responsabilité contractuelle ne peut se réduire à la technique qui assure une simple exécution par equivalent, qui sanctionne les seuls avantages créés par le contrat. La responsabilité contractuelle vise non seulement à assurer le respect du contrat, mais également à réparer tous les dommages causés par l'inexécution de telle ou telle obligation contractuelle » (*Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, Ed. Litec, Collect. « Objectif Droit », 3ème éd., 2003, n° 453 citant dans le même sens : E. Savaux, « La fin de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1999, pp. 1 et ss. ; G. Viney, *Mélanges Ghestin*, 2001

(2) قد يتمثل في شبه جنحة أو جنحة أو شبه عقد، أو حتى التزام آحادي، وهو ما يعود بكل ذلك إلى القانون.

(3) فمن تضرر من تنفيذ عقد يقوم على أساس المسؤولية التعاقدية، ومن ذلك الدعوى التي يرفعها مالك على متسوغ لم يتول دفع معينات الكراء، أو دعوى صاحب عمل على مقاول أثناء القيام بأشغال البناء...

(4) من ذلك الشخص الذي تضرر من تصرف جار أو فعل أحد المارة...؛ على أنه لا يشترط في الالتزامات، لكي توصف بالتعاقدية، أن يقع التنصيص عليها ضمن الصك المجسم للاتفاق، فمن الالتزامات التعاقدية ما توجبه الأعراف وطبيعة الالتزامات وحتى الإنصاف طبقا لمقتضيات الفصل 243 م إ ع (والفصل 1135 من المجلة المدنية الفرنسية)؛ وقد أمكن لفقه القضاء أن يثري العقود بالتزامات ما انصرفت إليها إرادتهم، وذلك الشأن تاريخيا في الالتزام بضمان سلامة المسافر، وفي إعلام المتعاقد (ببعض العقود على الأقل) وفي التزام التحرز وغيرها

(5) لا يستوجب العقد وجود كتب، ولكن الإشكال هنا إشكال إثبات...

من الأركان) وجب القيام على أساس المسؤولية التقصيرية؛ وهذا معناه وأن وجود العقد لا يؤدي دائما إلى انطباق أحكام المسؤولية التعاقدية، وهو ما يضيق في نطاق هذه الأخيرة مقارنة بنظيرتها التي تبدو بمثابة النظام العام في المسؤولية المدنية؛ ثم أن غياب العقد لا يؤدي - صرورة - إلى استبعاد المسؤولية التعاقدية، لاسيما في وضعيات يوجد فيها عقد مع غير الأطراف، يمكن التوسع بمقتضاه إلى ما يؤدي إلى إعمال المسؤولية التعاقدية[1]...

ومع أن تطبيق القواعد الخاصة بكل من المسؤوليتين لا يثير إشكاليات في الغالب، إلا أنه لا يتيسر في كافة الحالات؛ فمن الوضعيات ما يجيز. **فعلا، التساؤل** إن كان من المتجه الإتباع في رفع دعاوى التعويض لأحكام المسؤولية التعاقدية أم لنظيرتها التقصيرية؛ ولنا مثال عن التردد في وضعية الحريف الذي يرتاد مغازة - للتسوق منها -، فيسقط فيها[2]؛ ومثال آخر في

(1) لنا مثال في المعاملات الاستهلاكية، بتقنية الاشتراط لمصلحة الغير؛ من أمثلة ذلك ما ينال التجار المتضرر من منتجات استهلكتها العائلة، يمكن القول بتنفيذ أحكام المسؤولية التعاقدية، حيث أن رب العائلة في تعاقده لا يتعاقد لحاصة نفسه فقط، بل ولأفراد عائلته ولم لا لمن يتواجد عرضا مع هؤلاء؛ ثم أن القيام من المتضرر يمكن أن يكون حتى ضد الصانع الذي لا تربطه علاقة مبدئيا بالمشتري (الفصل 17 من قانون 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك).

(2) التردد جائز هنا لوجود عقد (بيع) بين الحريف والمغازة، وهنا يراء الفقه عن صواب في هذا الصدد وأن العقد هنا لا يقتضي السهر على سلامة الحريف بقدر ما يقتضي ... بالبضاعة التي يختارها، إلا أن تكون سلامة الحريف هي مما يقتضيه تنفيذ العقد، ... الحال في ارتياد الحرفاء لمحلات يمارسون بها ألعاب تتطلب تدخل ... فتكون ... دعوى التعويض تعاقدية لا تقصيرية (يراجع في هذا الشأن الأستاذ Ph. Le Tourneau في تعليقه على بعض المواقف القضائية التي اعتبرت وأن أساس التعويض التزام تعاقدي بتحقيق سلامة الحرفاء المتضررين (Obligation de sécurité) إذ يقول: « Elle (l'obligation de sécurité) implique que le dommage subi par le cocontractant victime (l'acheteur), ... de l'une des obligations créés par le contrat... C'est donc à tort que quelques arrêts ... ont retenu l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité du vendeur à l'égard des acheteurs (victimes d'un accident dans le magasin), il n'y a pas dans cette circonstance de rapport entre le préjudice et l'objet éventuel du contrat que le client a l'intention de conclure. D'une façon plus générale, nous estimons que les dommages corporels ne devraient jamais être considérés comme le signe d'une défaillance contractuelle, sauf quand le contrat porte sur la personne de la victime. Ils relèvent de la responsabilité délictuelle » يراجع مؤلف الأستاذ Tourneau, *Le contrat de vente*, (Connaissance du droit, Editions Dalloz 2005, p. 74)

مسؤولية المالك الذي رفض إرجاع متسوغ إلى محل كان قد استرجعه لغاية الهدم وإعادة البناء[1]؛ ومتى كان الفصل في تأسيس الدعويين ممكنا وجب التساؤل، إن كان المدعي حرا في تأسيس دعواه على هذه أم تلك، هل أن قيامه على أساس إحداها يعد تنازلا منه عن ممارسة حقه في الأخرى...

ألف الفقهاء في هذه التساؤلات فيما يعرف بمسألة الاختيار (أو الخيرة) بين المسؤوليتين؛ فأما من الاختيار فهو مبدئيا محجر؛ ولكن هذا التحجير لا يطول سوى المتعاقدين ومن انجر له حق منهم (الورثة)[2]؛ ومتى استقر الرأي على خضوع النزاع لنوع أو آخر من المسؤوليتين، فإن القيام على إحداها عوضا عن الأخرى لا يؤدي إلى فقدان الحق في القيام مجددا على الأساس القانوني الصحيح؛ وهو موقف أمكن استخلاصه من الفصل 523 بمجلة الالتزامات والعقود القائل «من كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد فاختار إحداهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى»[3].

قسم 2 – نظم المسؤولية المدنية

تتعدد نظم المسؤولية المدنية؛ وربما مكن التأليف في ذلك من التمييز بين نظم خاصة وأخرى عامة؛ وتنتمي إلى النظم الخاصة نظام تعويض الحوادث الشغلية والأمراض المهنية موضوع القانون عدد 28 لسنة 1994

(1) قضي: «إن مسؤولية المالك الذي يرفض إرجاع المتسوغ الواقع إخراجه للهدم وإعادة البناء للمكرى التجاري بعد إعادة بنائه مسؤولية تقصيرية» (قرار دوائر مجتمعة عدد 57556 مؤرخ في 8 جويلية 1999، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لسنتي 1998 - 1999، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية لسنة 2001، ص 77).

(2) حول هذه المفاهيم، تراجع مؤلفات العقد.

(3) هل هناك من جدوى في الإبقاء على تقسيم المسؤولية المدنية بين واحدة تعاقدية لها أحكامها وأخرى تقصيرية لها أحكامها؟ ربما برر ذلك في فترة كانت الاختلافات فيها ثابتة وواضحة بين المسؤوليتين؛ بحكم ما تشهده الإرادة خاصة من التأثير؛ أما مع تطور قانون العقود وتنامي تدخلات النظام العام بما يجعل العلاقة التعاقدية علاقة قسرية -إن صح التعبير- أكثر منها إرادية، فإن الإبقاء على التقسيم لم يعد في محله؛ بل أن ذلك مما يعسر على المتضررين؛ في ميدان أصبحت فيه القوانين تجتهد في إيصال الحقوق إلى أصحابها؛ وهذا ما نادى به بعض الفقهاء، وخاصة السيدان Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet، في مؤلفهم أعلاه.

المؤرخ في 21 فيفري 1994 والمتعلق بتعويض الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، ونظام تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث المرور، موضوع القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة التأمين؛ في حين تنتمي إلى النظم الخاصة نظام المسؤولية الشخصية ونظام المسؤولية عن فعل الغير ونظام المسؤولية الشيئية بمتفرعاتها.

وما يلاحظ في هذه النظم عامة، التمازج بينها، حيث أن تطبيق نظام التعويض في حوادث الشغل والأمراض المهنية والتي هي من النظم الخاصة لا يمنع من تطبيق الأحكام العامة بعنوان تعويض تكميلي[1]، وكذا الشأن في نظام تعويض أضرار الطرقات.

وسواء تعلق الأمر بنظام خاص أو عام في التعويض، فلا بد من توفر جملة من الثوابت، هي من ثوابت التعويض عامة، وهي من ثوابت المسؤولية المدنية خاصة، وهذا ما سوف يقع الاهتمام به بالعنوان الأول بهذا المؤلف؛ ولكن ما يميز المسؤولية المدنية مقارنة بغيرها من طرق التعويض، وجود أنظمة مختلفة هي من متغيّراتها، وهي ما سوف يُخصّ بالعنوان الثاني فيه.

(1) قُضي: «لئن كان الحادث الذي تعرضت له الباخرة التابعة للمعقب يكتسي صبغة حادث شغل بالنسبة للبحارة العاملين على متنها فإن هؤلاء لا يمكنهم القيام ضد مؤجرهم إلا في نطاق أحكام فواجع الشغل والذي يمكنهم من التعويض المادي فقط أما التعويض المعنوي فيحق لهم مطالبة الغير المتسبب في الحادث بالتعويض لهم على ذلك طبقا لمقتضيات القواعد العامة للمسؤولية المدنية وذلك كتعويض تكميلي للتعويض المخول لهم في نطاق فواجع الشغل» (قرار تعقيبي مدني عدد 26217، مؤرخ في 4 جويلية 2003، ق ت عدد 9 لسنة 2003، ص 173 وما بعد)؛ وقُضي: «إن مطالبة المتضرر أو خلفه العام بتعويض تكميلي عن الأضرار الحاصلة بسبب حادث شغل أو مرض مهني على أساس القواعد العادية في المسؤولية المدنية لا تكون إلا ضد الغير المتسبب في الحادث أما صاحب العمل فإنه لا يجوز التمسك ضده بأي قانون آخر إلا إذا كانت هذه الأضرار مترتبة عن خطأ من جانبه يكتسي صبغة جزائية...» (قرار تعقيبي مدني عدد 21584 مؤرخ في 2 أكتوبر 2008، نشرية م ت لسنة 2008، قسم مرافعات ومدني، جزء 2، ص 359)

العنوان الأول

ثوابت المسؤولية المدنية

يقصد بالثوابت، عناصر لا يمكن لمؤسسة أن تقوم بدونها؛ وهذا ما ينطبق على المسؤولية المدنية (بكافة أنواعها[1])، لوجود ثابتين لا يمكن لها أن تقوم بدونهما[2]، هما ثابتة الضرر (أو الخسارة) من جهة (فصل 1) وثابتة السببية من جهة أخرى (فصل 2).

---

(1) قُضي: «إن القاعدة في تقرير مسؤولية التعويض عن الأضرار المترتبة عن تنفيذ الأشغال العمومية والتي تلحق بالغير لا يؤسس على الخطأ وإنما يسلم به بمجرد توفر ركني الضرر والرابطة السببية ولا تنتفي إلا إذا كان مرد الضرر قوة قاهرة أو خطأ من جانب المتضرر» (ابتدائي محكمة إدارية، عدد 15820، مؤرخ في 17 نوفمبر 1999، أحمد بن سعد في حق ابنه القاصر ومن معه ضد وزارة التربية، مجموعة فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 1999، ص 249 وما بعد)؛ وقُضيَ: «إن مسؤولية الجهة المدعى عليها الراجعة لها المنشأة العمومية تجاه الغير هي مسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ إذ يكفي لقيامها إثبات الضرر المشتكى منه وقيام العلاقة المادية المباشرة بينه وبين تلك المنشأة العمومية ولا تنتفي المسؤولية إلا إذا كان مردّ الضرر قوة قاهرة أو فعل المتضرر» (حكم ابتدائي إداري صادر في القضية عدد 1/14972 بتاريخ 2 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 93)

(2) يتمثل التعويض المدني في تعويض عيني، بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه (كهدم حائط فيلزم بإرجاعه) أو إلى تعويض بمقابل؛ وعلى الرغم ما يشكله التعويض العيني من التخيير فهو ليس دائما بالممكن، فيقع اللجوء إلى التعويض بمقابل؛ ومن الحالات ما يكون فيها التعويض العيني ممكنا ولكن يمنعه القانون؛ وهذا الشأن في المنشآت العمومية والتي يترتب عن التعويض العيني فيها تعطيل لسير المرفق العمومي، وهو ما أدى إلى منع التعويض العيني في هذه الحالات والمنع على القاضي العدلي خاصة إعطاء أوامر للإدارة؛ قُضيَ «إن القنوات وموزعي المياه تعتبر منشآت عمومية بحكم أنها تساهم في تحقيق مرفق عام وتحقيق مصلحة عامة تتمثل في توفير الماء الصالح للشراب لجميع المواطنين، ولا يمكن تبعا لذلك الإذن بإزالتها لتأثير ذلك على سير المرفق العمومي وعلى المصلحة العامة وذلك بغض النظر عن شرعية تركيز تلك الإحداثات بأرض المدعي من عدمه» (حكم ابتدائي إداري صادر في القضية عدد 1/17075 بتاريخ 1 جويلية 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010،

فصـــــــل 1

ثابتة الضــــــــرر

يتحدد الضرر[1] بجملة من المعطيات: منها ما له طبيعة موضوعية، (مبحث 1) ومنها ما له طبيعة ذاتية (مبحث 2).

مبحث 1

المعطيات الموضوعية

يتنوع الضرر الموجب للتعويض، وهو ما يجيز استعمال عبارة الأضرار في شأنه (قسم 1)؛ ويخضع جميعه لجملة من الشروط لكي يتسنى لصاحبه جبره (قسم 2).

قسم 1 – تنوع الأضرار الموجبة للتعويض

تتنوع الأضرار الموجبة للتعويض، بين ما له طبيعة معنوية (فقرة 1) وما له طبيعة حسية (فقرة 2).

فقرة 1 ـ تعويض الأضرار المعنوية

الأضرار المعنوية إصابات لا تلمس، ولكنها قد تكون شديدة فيما تتسبب فيه للشخص الذي مني بها من تداعيات نفسية؛ وغالبا ما تتمثل في آلام (لأجل الإصابات البدنية التي لحقته) وفي لوعة (لأجل فقدان شخص أو كائن ـ عزيز عليه)[2].

---

(1) حول الضرر كثابتة بالمسؤولية المدنية، براجع زكية بن بريك: الضرر احد أركان المسؤولية المدنية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، سنة 1995.

(2) قضي: «... أما التعويض عن الضرر المعنوي فهو بشأنه الضرر الذي ينصرف مواساته عن الشعور بالحسرة والألم نتيجة لعجز بدني أو لفقدان عزيز عليه.» (تعقيبي مدني عدد 75543، مؤرخ في 17 أفريل 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، ج 1 ص

ولا ريب في أخذ المشرع التونسي - وفقه قضائه - **بمبدأ تعويض** الأضرار المعنوية (عنصر 1)[1]؛ **ويبقى التساؤل قائما - اعتبارا لجملة من المعطيات - عن حدود ذلك (عنصر 2).**

عنصر 1 - مبدأ تعويض الأضرار المعنوية

يجد مبدأ تعويض الضرر المعنوي سنده القانوني في الفصلين 82 و83 بمجلة الالتزامات والعقود القائلين بأن الضرر الموجب للتعويض يمكن أن يكون «حسيا أو معنويا» (في الفصل 82) أو أن تكون «المضرة حسية أو معنوية» (في الفصل 83)[2]؛ وبوجود هذين التنصيصين، يبت المشرع التونسي في مسألة (أثيرت بالقرن التاسع عشر بفرنسا) حول قابلية الضرر المعنوي للتعويض من عدمه، حيث ظهرت نظريتان على الأقل: الواحدة تقول بمنع ذلك والأخرى تقول بجوازه[3].

---

48)؛ .

(1) سواء كان ذلك بالمسؤولية المدنية أو بالمسؤولية الإدارية؛ مبرر ذلك بالنسبة للمسؤولية الإدارية ولا شك الفصل 84 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يسحب الفصلين 82 المتعلق بالخطأ القصدي و83 المتعلق بالخطأ غير القصدي في دعاوى التعويض التي يقام بها من المواطنين على الإدارة؛ إذ يقر كل من الفصلين المذكورين شمول التعويض بالنسبة للأضرار الحسية (المادية) وغير الحسية (المعنوية).

(2) يعوض الضرر المعنوي سواء من قبل القضاة العدليين أو من قبل القضاة الإداريين؛ ويبرر تعويض الضرر المذكور هنا من الفصل 84 بمجلة الالتزامات والعقود الذي يسحب مقتضيات الفصلين 82 و83 على دعاوى التعويض التي ترفع على الإدارة؛ قُضي: «إن الصبغة الرمزية التي يكتسيها التعويض عن الضرر المعنوي لا تحول دون وجوب التعويض الكامل عن هذا الصنف من الضرر باعتباره وسيلة أقرها فقه القضاء للتخفيف مما يلحق المتضررين في أنفسهم من آلام ولوعة وحسرة من جراء الفواجع والكوارث التي تصيبهم مباشرة أو تصيب أقاربهم» (استئناف إداري عدد 22326، مؤرخ في 14 جويلية 2001، مجموعة قرارات 2001، ص 300).

(3) وقع إقرار فقه القضاء الفرنسي لمبدأ تعويض الضرر المعنوي منذ سنة 1833، (Ch. Réunies 25 juin 1833, Sirey 1833, 1, 458, Concl. Proc. Gén. Dupin ; Crim. 22 mars 1877, *Bull crim.* n° 86, p. 178)؛ يراجع محمد الشرفي: «كيفية تقدير الضرر المعنوي»، ق ت لسنة 1973، عددا 5 و6.

وما كان المشرع التونسي -بداية- ولفقه قضائه - بشقيه - (العدلي والإداري[1]) -لاحقا- ليتصرا للموقف القائل بمبدأ تعويض الضرر المعنوي، لولا تحول الآراء نحو الأحقية في ذلك وإمكانيته بالنسبة لكافة الأضرار.

وبالفعل، وقعت الاستجابة سواء في تونس أو في فرنسا لفكرة تعويض الأضرار المعنوية مع شيء من التوسع، حيث اعتبرت من ذلك ما يلحق بالمتضررين من آلام[2]، وما يصيبهم من لوعة بسبب الفراق الأبدي لشخص (بل وحتى لكائن[3]) عزيز عليهم، وما يحدث لهم من تشوهات بهيئتهم وبخلقتهم[4]، وما ينجر لهم بسبب الإصابات من حرمان عند ممارسة نشاط، (الرياضة، التأليف، العرف الموسيقي...[5])-، بل وحتى من لذة معينة (كتعاطي الجنس مثلا)[6].

---

(1) قُضيَ «وحيث ترى هذه المحكمة بما لها من سلطة تقديرية أن المدعي قد تضرر معنويا من قرار رفض تمكينه من المشاركة في المناظرة لشعوره بالغبن، علاوة عن أن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء الصادر لفائدته قد ولّد في نفسه الشعور بمرارة الظلم والاستخفاف بحقوقه، مما يتعيّن معه إلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق الوزارة المدعى عليها بأن يؤدي له مبلغ ألفي دينارا لقاء هذا الضرر» (محمد/ م ع ن د في حق وزارة العدل وحقوق الإنسان، حكم ابتدائي في القضية عدد 1/ 12619 مؤرخ في 28 ديسمبر 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 194).

(2) *Pretium doloris*، في الاصطلاح الفرنسي

(3) قضي بالقضاء الفرنسي لمتضرر من وفاة حيوان (فرس) (Civ. 1re 16 janv. 1962, *Dalloz* 1962, 199, note Rodière . JCP 1962, II, 12557, note P. Esmein ; 27 janv. 1982, JCP 1983, II, 19923, note Chabas...).

(4) Préjudice esthétique، في الاصطلاح الفرنسي؛ سواء بفقه القضاء العدلي أو الإداري. قُضي: «إنه بصرف النظر عن الضرر المادي والمعنوي فقد ثبت في صورة الحال أن البنت المتضررة ستبقى مشوهة طيلة حياتها اعتبارا للضرر الجمالي الذي لحقها من جراء الحادث الأمر الذي يحق لها معه أن تنال تعويضا بعنوانه» (فقه قضاء محكمة إدارية، استئناف عدد 22496، مؤرخ في 15 جويلية 2000، مجموعة قرارات سنة 2000، ص 458 وبعد).

(5) Préjudice d'agrément، في الاصطلاح الفرنسي.

(6) Cf. JCP 2001, IV, 2227 حول الضرر الجنسي

ومع ما تبديه النظم القانونية بصفة عامة - والنظام التونسي خاصة - من تكريس لمبدأ «تعويض» الضرر المعنوي[1]، فإن ذلك لا يمنع من وجود معطيات، تسمح من التعديل في هذه المقولة والحديث عن حدود تعويض الضرر المذكور.

عنصر 2 - حدود تعويض الأضرار المعنوية

يتحسم ذلك بالتساؤل حول مدى شمول مبدأ تعويض الأضرار المعنوية في المسؤولية التعاقدية (أ) ونسبية ذلك في التقصيرية (ب).

أ) مدى اتساع مبدأ تعويض الأضرار المعنوية بالمسؤولية التعاقدية

يتأيد ذلك بالتساؤل عما إذا كان مبدأ تعويض الضرر المعنوي يشمل الأضرار المترتبة عن عدم تنفيذ العقود أو سوء تنفيذها؛ وربما كانت هذه الوضعية حرية ببيان الجدوى من هذا التساؤل: لنفترض وأن زيدا باع عقارا لعمرو، ولنفترض وأنه لم يسلم العقار لعمرو أو أنه سلمه له بعد طول مدة أرهقته معنويا؛ فهل يجوز لعمرو أن يطالب بتعويض ما لحقه من أضرار بسبب ما أحدثه له زيد من إرهاق معنوي؟ تبدو المحاكم رافضة لهذا الأمر؛ مبرر ذلك غياب تنصيص شبيه بالفصول المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية لما تضمنه الفصلان 82 و83 بمجلة الالتزامات والعقود المتعلقان بالمسؤولية التقصيرية من وجوب تعويض الضرر المعنوي هنا[2].

---

(1) ربما حسن استعمال عبارة «ترميم» عوضا عن عبارة «تعويض»، لكون «التعويض» لا ينهي مطلقا وقع الإصابات، وإنما يخفف منها وهو ما تصيب في التعبير عنه بوجه أكبر كلمة «ترميم».

(2) قضي «وحيث خلافا لما دفع به الطاعن فإن طلب غرم الضرر الأدبي في غير طريقه، ذلك أن تأخر البنك عن تنفيذ التزامه بتسليم الأسهم لا ينجر عنه مس بالكرامة أو الشرف الذي من شأنه أن يسبب للطاعن أي ضرر أدبي قابل للتعويض.. وحيث أن ما انتهجته محكمة الموضوع في قرارها وذلك برفض طلب التعويض عن الضرر الأدبي لفقدانه للسند يكون في طريقه..» (قرار تعقيبي مدني عدد 4149، مؤرخ في 30 جانفي 2001، نشرية م ت 2001، مدني 1، ص 99).

هذا من جهة، ومن أخرى فإن عدم شمول مبدأ تعويض الضرر المعنوي بالمسؤولية التعاقدية يمكن أن يدعم بالأحكام المتعلقة بأضرارها طبقا للفصل 278 بالمجلة السالفة في الذكر والتي تقتصر في التعويض على الخسارة اللاحقة بالدائن والربح الذي حرم منه[1]؛ وإذا ما تمثل الالتزام في دفع مبلغ مالي فيقتصر التعويض على الفائض القانوني، ابتداء من تاريخ توليه إخطار المدين بوجوب دفع الدين؛ فلا يُرى في كل ذلك اعتبارا للأضرار المعنوية؛ ويتضمن نفس الفصل قاعدة أخرى مفادها وأن القاضي يعتمد في التعويض التفاوت بحسب ما إذا كان المدين عن سوء نية أو عن حسن نية، وذلك نفس الشيء بالنسبة للتعويض في أضرار المسؤولية التقصيرية عموما، وهو ما يعدل من اعتبار التداعيات المعنوية إذا ما أخذنا باعتبار تعويضها هنا وهناك[2].

ب) نسبية تعويض الأضرار المعنوية بالمسؤولية التقصيرية

يمكن استخلاص نسبية تعويض الأضرار المعنوية بالمسؤولية التقصيرية بالذات من جملة من المعطيات الرامية إلى ترشيد ذلك (التضييق فيه[3])، منها ما هو نصي، ومنها ما هو قضائي.

---

(1) جاء بالفصل 278 من م ا ع ما يلي: «الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصة بكل نازلة موكول لمحكمة المجلس وعليه أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتا بحسب خطأ المدين أو تدليسه (فقرة 1) غير أنه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون (فقرة 2) ويحكم بهذا الغرم بدون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة (فقرة 3) ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن (فقرة 4). يمكن للدائن الذي حصل له بسبب سوء نية مدينه ضرر زيادة على المماطلة أن يتحصل على جبر ضرره وذلك بقطع النظر على الفائض المعيّن لغرم المماطلة (فقرة 5)».

(2) يبدو فقه القضاء الإداري آخذا بالتعويض لأجل الأضرار المعنوية في العلاقات التعاقدية أكثر من نظيره العدلي..

(3) ترمي هذه العبارة إلى التنقيص من التعويض أكثر من الزيادة في ذلك

فأما من المعطيات النصية، فتتضمنها بعض القوانين، لاسيما تلك التي ترسي التعويض الموضوعي، حيث تستبعده ببعض الميادين (الأمراض المهنية وحوادث الشغل)، وتقيده بالبعض الآخر (حوادث السير[1])[2].

وأما من المعطيات العدلية الرامية إلى التضييق من تعويض الضرر المعنوي بالمسؤولية التقصيرية، فتتمثل في مجمل الأحكام القضائية التي تستوجب في الحكم لصالح بعض الفئات المتضررة علاقة تربطها بالمتضرر المباشر[3]،

(1) جاء بالفصل 136 من مجلة التأمين المضاف بمقتضى قانون 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 والمتعلق بتعويض أضرار حوادث السير في إطار التأمين الوجوبي فيما يتعلق بتعويض الأضرار المعنوية الحاصلة للمتضررين المباشرين على ما يلي: «يحدد مبلغ التعويض عن الضرر المعنوي والجمالي حسب درجة الضرر المقدر في التقرير الطبي (فقرة 1)؛ ويتم التعويض عن هذا الضرر على أساس نسبة من الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع وفقا لسلم الدرجات التالي: (يلي جدول يتضمن قائمتين تتضمن أولاها درجة الضرر وثانيتها مبلغ التعويض المعين لها: فدرجة الضرر الـ'منعدم' تقابلها صفر في المائة، ودرجة الضرر المعنوي الـ'خفيف جدا' تقابلها نسبة 10 في المائة، ودرجة الضرر الـ'خفيف' تقابلها نسبة 15 في المائة، ودرجة الضرر الـ'معتدل' تقابلها نسبة 25 في المائة، ودرجة الضرر الـ'متوسط' تقابلها سبة 40 في المائة، ودرجة الضرر الـ'كبير' تقابلها نسبة 80 في المائة، ودرجة الضرر الـ'هام' تقابلها نسبة 150 في المائة، ودرجة الضرر الـ'هام جدا' تقابلها نسبة 300 في المائة) (فقرة 2)؛ ويصرف التعويض عن هذا الضرر دفعة واحدة (فقرة 3)»؛ وجاء بالفصل 146 من نفس القانون المتعلق بتعويض الضرر المعنوي للورثة على ما يلي: «يسند للقرين والأبناء والأبوين تعويض بعنوان الضرر المعنوي الذي لحقهم بسبب الوفاة وذلك كما يلي: - القرين: مرتين ونصف المرة الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع؛ - الأبناء: مرتين الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع لكل واحد منهم في حدود مبلغ جملي لا يتجاوز ست مرات هذا الأجر يوزع سوية بينهم؛ - الأبوين: مرتين الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع لكل واحد منهما (فقرة 1)؛ ويصرف هذا التعويض مرة واحدة (فقرة 2)».

(2) وقع تبني هذا الموقف من قبل الأستاذ تانك في إطار مقترحاته الرامية إلى تعديل قانون التعويض في أضرار الطرقات، حتى لا يقع إثقال كاهل مؤسسات التعويض بما يحرم متضرري الأضرار المادية من التعويض (A. Tunc . *La sécurité routière*. 1966, n° 49 et 50 ; *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Economica 1881, n° 268...).

(3) هناك اتجاه في فقه القضاء الفرنسي إلى الاعتداد بقرينة اللوعة بالنسبة للأقارب (الوالدين، الأبناء، الأشقاء، القرينين...) وإلى وجوب إثبات ذلك فيمن تجاوز هؤلاء (الخطيبين، الأصدقاء، الخلان...) (يراجع حول هذه المسألة: H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, sûretés* 11ème éd., Dalloz 2000, n° 179).

وأن تكون صادقة في ادعاء اللّوعة، وهو ما أدى إلى الإقصاء من التعويض لزوجة الأب، وزوج الأم[1] عن وفاة ربيبهما؛ وأن تكون للطالب درجة من التمييز تجعله أهلا للشعور بالصدمات، وهو ما أدى إلى الإقصاء من المطلبة بالأضرار المعنوية للذوات المعنوية، عدا ما يتعلق بهذه الأخيرة من إضرار بالسمعة التجارية[2]، والأجنة[3] والصغار غير المميزين[4] (لعدم إحساسهم

(1) قُضيَ: «إن مقاييس تقدير الغرامة المادية الوارد بها الفصل 107 من م ا ع غير مقاييس تقدير الغرامة الأدبية ويكفي فيه إثبات الرابطة السببية بين الحادث والضرر وإبراز درجة الآلام وجسامة المصاب ليكون القضاء فيها محرزا على تعليله القانوني وتبريره القضائي» (تعقيبي مدني عدد 8313، مؤرخ في 30 ديسمبر 1971، نشرية م ت لسنة 1972، ص 144).

(2) مما يضيق في قبول تعويض الضرر المعنوي ما أسماه بعضهم بتفاقم الألم، فهو خلافا لتفاقم الضرر المادي، لا يجيز الحق في رفع دعوى أخرى للمطالبة بتعويض ما انجر عن استفحال الضرر (قدم هذا الدفع الذي لا يستبعد أن تكون المحكمة قد أخذته بعين الاعتبار في القرار التعقيبي عدد 17447، المؤرخ في 2002-7-2، نشرية م ت لسنة 2002، القسم المدني، الجزء 2، ص 26).

(3) قُضيَ: «لا يستحق إبن الهالك تعويضا عن الأضرار المعنوية إذ لا وجود لها طالما إن كان يوم وفاة والده جنينا في بطن أمه إن التعويضات يجب أن تنال الأضرار الحالة الموجودة في وقت التعويض والتي منها ما سيتواصل وجوده في المستقبل أما التي لا أصل لها في الوقت الحاضر وإنما يتوقع وجودها في مستقبل تمر قبله عديد من الأعوام فإنه يتداخلها بدون شك الاحتمالات والافتراضات وليس من شأن التعويض أن ينال الأضرار المحتملة» (تعقيبي مدني عدد 4882، مؤرخ في 20 ماي 1982، نشرية م ت لسنة 1982، قسم مدني، جزء 3، ص 210)؛ ولكن إقصاء الجنين من التعويض عن الضرر المعنوي لا ينطبق في الضرر المادي؛ قُضي: «عملا بأحكام الفصل 83 من م ا ع، فإن المقوم في حقه يكون قد تضرر مباشرة من خطأ المعقب ضدّها الأولى وهو جنين وذلك بفقده لوالده أثناء الحادث وهو الذي يرعاه ويوفر له لوازمه الحياتية ونتيجة لذلك يكون قد خسر هذه المكاسب المادية بفعل خطأ الغير مما يوجب عليه تعويضه عنها دون اعتبار ما سبق الحكم به لوالدته ولأخته ولا يمكن له محاسبتهما لأن الأمر لا يتعلق بميراث وإنما بتعويض مضرة» (قرار تعقيبي مدني عدد 15101، مؤرخ في 3 أفريل 1986، نشرية م ت لسنة 1986، قسم مدني).

(4) قُضيَ: «حادث الطريق الحاصل فيه الموت ... يصاب فيه أقارب الهالك بضرر أدبي يستحق فيه التعويض (ولكن) الصغير الذي لم يبلغ درجة التمييز فهذا ... لا يستحق التعويض لأنه لا يدركه... وبذلك فإن الحكم الذي قضى بعدم السماح بالتعويض الأدبي لذلك الصغير يكون في طريقه ولا مطعن فيه» (تعقيبي مدني عدد 6022، مؤرخ في 3 مارس 1982، نشرية 1982، مدني 2، ص 326).

باللوعة أثناء وفاة والديهم[1]؛ وهذا موقف لا يخلو من الهشاشة حيث لا ملع من أن يشعر الصبي بوقع وفاة والده أو أمه بعد أن يبلغ سن الرشد، وهو ما جعل البعض من المحاكم - وعلى رأسها محكمة التعقيب - تراجع موقفها أعلاه[2]؛ وربما أمكن فهم التحسب في تعويض الأضرار المعنوية عامة من الانخفاض في المبالغ المحكوم بعنوانها، مقارنة بما يصرف تعويضا عن الأضرار البدنية[3] واعتبار ذلك من المسائل التي تعود بالنظر إلى قضاء الأصل دون معقب عليهم في ذلك من قضاء القانون[4]؛ وما يلاحظ من القرارات عامة الرجوع إلى بعض العناصر لتقدير ذلك ومنها أهمية الإصابة، والعضو المصاب وسن الضحية، وجنسها بمثل ما يعتمد ذلك في تقدير الأضرار البدنية والتي هي من الأضرار الحسّية كما سوف نرى[5].

(1) نجد مثل هذه المبررات في دفاع ممثلي شركات التأمين، ومن ذلك ما تضمنه القرار التعقيبي عدد 5482 المؤرخ في 7 فيفري 2005 (قضاء وتشريع مارس 2006، ص 179 وما بعد) حيث نقرأ «... أما الشقيق القاصر (الطالب للتعويض بناء على وفاة جنين، كان نكون شقيقه لو أنه رزق الحياة) فهو لا يزال صغيرا لا يفقه معنى الفاجعة بما يجعل ضرره المعنوي مزعوما ومعدوما...».

(2) قُضي: «إن رشد الأبناء لا يحول دون استحقاقهم الغرم الأدبي بسبب وفاة والدهم في حادث» (قرار تعقيبي مدني عدد 17492، مؤرخ في 14 أكتوبر 1989، ق ت لسنة 1991، العدد 5، الصفحة 115.

(3) كثيرا ما تستعمل المحاكم في تبرير التخفيض في التعويضات المعنوية على بعض المصطلحات الرامية إلى ترشيد المبالغ المحكوم بها بهذا العنوان ومنها عبارة «التعويض العادل» و«الإثراء على حساب الغير» و«التخفيف قد الإمكان (على المتضرر)»؛ قُضي: «إن جبر الضرر المعنوي يخضع لمبدأ التعويض العادل ولا يمكن أن يمثل سببا للإثراء على حساب الغير» (حكم ابتدائي إداري صادر في القضية عدد 1/ 16207 بتاريخ 28 ديسمبر 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 111)؛ وقُضيَ «وحيث استقر عمل هذه المحكمة على اعتبار أن التعويض عن الضرر المعنوي يشكل وسيلة أقرها فقه القضاء للتخفيف قدر الإمكان مما ينتاب المتضررين في أنفسهم من آلام ولوعة وحسرة من جراء الفواجع التي تصيبهم» (قرار استئنافي إداري، عدد 25245 بتاريخ 2 مارس 2007، نفس المرجع، ص 201).

(4) قُضي: «تقدير الضرر المعنوي من الأمور الموضوعية الخاضعة لاجتهاد محكمة الأصل ولا رقابة لمحكمة التعقيب عليها» (قرار تعقيبي مدني عدد 26371، مؤرخ في 28 ماي 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 127).

(5) قُضي «يتم التعويض عن الأضرار البدنية والمعنوية الناتجة عن سير المرفق العمومي الصحي بالنظر إلى العضو المصاب وسن المتضرر وجنسه ومدى تأثير الإصابة على

فقرة 2 - تعويض الأضرار الحسّيّة

الأضرار الحسّية (ويقال المادّية كذلك) إصابات تمس بعناصر اللذمة أو تكون لها تداعيات سلبية فيها[1]؛ ويوجد في هذا الشأن طرحان على الأقل: الأول تقليدي، يعتد بمعيار نوعية الأضرار الحسية عموما (عنصر 1) والثاني حديث، يعتبر أحواله، خاصة (عنصر 2).

عنصر 1 - الطرح التقليدي: نوعية الأضرار الحسية

يفرق هذا الطرح الذي يعنى بتقسيم ما يعرف بالأضرار الحسية بين أضرار تكون لها طبيعة مادية (أ)، وأخرى تكون لها طبيعة جسمانية (ب)

أ) الأضرار المادية

هي أضرار تصيب عناصر المال، من عقار ومنقول بوجه عام[2]؛ يمكن أن تترتب للمتضرر من فساد العنصر أو هلاكه، كلا أو بعضا، مع ما يترتب عن ذلك لمالك العنصر المصاب من خسائر لتعويضه أو إصلاحه أو ما يترتب عن التعطل في استعماله لمدة قد تطول قد تقصر؛ ومن أمثلة الأضرار المادية البحتة ما يلحق بسيارة أو بغيرها من وسائل السير في إصابات تصيّرها غير صالحة للاستعمال تماما أو لفترة من الزمن في انتظار إصلاحها؛ وكذلك ما يترتب عن عدم استعمال السيارة المتضررة في العمل أو في غير ذلك من الشؤون.

حياته اليومية ووضعه الاجتماعي» (قرار استئنافي إداري عدد 25881، مؤرخ في 8 جوان 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 209).

(1) جاء بأحد قرارات محكمة التعقيب في تمييز الضرر الحسي بالضرر المعنوي ما يلي: «إن الضرر الحسي هو كل إحساس بالإعاقة بالبدن أو بالنقص في القدرة البدنية لطاقة العادية للإنسان تقدر بنسبة تسمى السقوط بالبدن والضرر المعنوي هو كل ما يتعلق بالإحساس النفساني بالحسرة والأسى الذي لا يمكن تقديره بنسبة سقوط معينة بل فقط، تقدير بالنسبة للحالة النفسانية للمتضرر...» (قرار تعقيبي مدني عدد 34732 مؤرخ في 2 ماي 2009 نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 187)

(2) حول المال عموما، يراجع يوسف الكناني وفوزي بالكناني قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس 2003.

ب) الأضرار الجسمانية

هي إصابات تلحق بالبدن؛ ومن أمثلة ذلك ما يحصل لمترجل من جروح في حادث سير، ومن إتلاف للأعضاء بما يوجب استئصالها...

وللأضرار الجسمانية طبيعة مالية فيما تستوجبه من الخسائر بسبب ما تتطلبه من علاج ومداواة، وفيما تسببه للمصاب من إعاقات دائمة أو وقتية لها انعكاسات على دخله ومستقبله المهني[1].

ويلحق بالأضرار المادية أيضا ما يصيب وارث أو أكثر نتيجة وفاة مورثهم الذي كان قائما بشؤونهم خلال حياته[2].

عنصر 2 - الطرح الحديث: أحوال الأضرار المادية

لا يأخذ الطرح التقليدي بمدة الضرر وجسامته؛ وهو ما يتلافاه الطرح الحديث الذي أفرزت محتوياته حوادث الشغل وأضرار الطريق بالخصوص؛ ويأخذ الطرح الحديث في اعتباره للأضرار بمدة الإعاقة البدنية الحاصلة للمتضرر أجيرا كان أو مستعملا للطريق، حيث يفرق بين **العجز**(وهو ضرر) **الوقتي والعجز الدائم**من جهة (أ)، **والعجز الجزئي والعجز الكامل**،من جهة أخرى (ب).

---

(1) حول الضرر الجسماني عموما، يراجع: Y. Lambert-Faivre : « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1988, pp. 1 et ss. ; « Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels », *Dalloz* 1992, Chron. p. 365 ; « Le dommage corporel entre l'être et l'avoir », *Resp. civ. et ass.* Décembre 1997, Chron. n° 31.

(2) لا تتلاءم هذه التقسيمات مطلقا مع ما اعتمده قانون 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 والذي يضيف فصلا خامسا لمجلة التأمين يتعلق بالتعويض عن حوادث السير في إطار التأمين الوجوبي والذي يستعمل مصطلحات أخرى هي «الضرر المهني» وهو ما يلحق بالمتضررين المباشرين، ويتمثل في تقلص الدخل وانعدامه بسبب ما حصل لهم من إعاقات قد تكون وقتية وقد تكون دائمة وتنظمه الفصول 131 و132 و133 وخاصة الفصلين 134 و135 من المجلة ويدفع لهم في شكل رأسمال؛ و«الضرر الاقتصادي» ويلحق بورثة الضحية نتيجة ما كانوا يتمتعون به من نمط حياتي في قائم حياة مورثهم المتوفى بسبب حادث الطريق، ويدفع لهؤلاء في شكل جرايات (الفصول 143 و144 و145).

أ) العجز الوقتي والعجز الدائم

العجز الوقتي(ويقال المؤقت أيضا) ضرر يصيب الضحية لمدة معينة، بخلاف **العجز الدائم**الذي يصيبه طيلة حياته؛ وغالبا ما يتجسم ذلك بما تؤديه الإصابة من تداعيات تعوق المتضرر عن العمل والدخل لمدة من الزمن، قد تكون محدودة وقد تكون غير محدودة.

وقد تحسبت لهذه الطبيعة في الأضرار قوانين التغطية الاجتماعية عامة وقوانين التعويض عن الحوادث الشغلية والأمراض المهنية وإصابات المرور، بوجه خاص؛ وغالبا ما يؤخذ في تعويض هذه النوعية من الأضرار على ما كان يحتقه المتضرر من دخل قبيل الحادث أو ظهور المرض[1]، فيمنح تعويضا يصبو إلى الأهمية في فترة قد تطول وقد تقصر[2]،ثم ينزل بعد ذلك إلى نسبة أدنى[3].

---

(1) هناك موقف يقر بتعويض الضرر الوقتي أو الدائم بقطع النظر إن كان للمتضرر شغل قبيل الحادث أم لا (وغالبا ما يعتمد في ذلك على ما يفيد الدخل الجبائي؛ ومتى استحال ذلك اعتمد على الأجر الأدنى - يراجع في هذا الشأن الفصل 127 فقرة أخيرة من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 والمتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للأشخاص في حوادث المرور التي تطالب تعويضها شركات التأمين في إطار التأمين الوجوبي والذي جاء ناصا في فقرته الأخيرة على ما يلي : «وإذا لم يدل المتضرر بالتصريح الجبائي أو التصريح المقدم لصندوق الضمان الاجتماعي لإثبات دخله، يعتبر معادلا للأجر الأدنى السنوي المضمون لأربعين ساعة عمل في الأسبوع»)؛ ولا ريب في عدم انطباق القاعدة التي تشترط توفر الدخل فيما يتعلق بتعويض الأضرار الحاصلة بمناسبة العمل والأمراض المهنية...

(2) الثلثان أو الثلاثة أرباع من الأجر عموما...

(3) جاء بالفصل 130 من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور في نطاق التأمين الوجوبي على ما يلي: «يشمل التعويض عن الضرر الناتج عن العجز المؤقت عن العمل الخسارة الفعلية في الدخل خلال مدة العجز التي يقع تحديدها بمقتضى الشهادة الطبية الأولية أو ما يليها من الشهادات الطبية (فقرة 1)؛ ويتم تعويض المتضرر على أساس ثلاثة أرباع الخسارة الفعلية لدخله كما نص عليه الفصل 127 من هذه المجلة (مجلة التأمين) وذلك بعد خصم الدفوعات الصادرة عن المؤجر أو صناديق الضمان الاجتماعي أو الهياكل المماثلة (فقرة 2)؛ ويصرف التعويض عن خسارة الدخل دفعة واحدة (فقرة 3)».

وممّا يعتمد عليه في تقدير العجز - إن كان من المؤقت أم الدائم - شهادات أهل الخبرة (الأطباء) والذين يعودون في ذلك إلى أهمية الإصابات وأثرها على نشاط الضحية ودخله، وذلك الشأن في العجز الجزئي والعجز الكامل أيضا[1].

ب) العجز الجزئي والعجز الكامل

يأخذ التقسيم بين العجز الجزئي والعجز الكامل بجسامة الضرر؛ فأما من العجز الجزئي فهو ما يصيب بدن المتضرر في عضو من الأعضاء فيعوقه بوجه كامل أو جزئي عن أداء وظيفته؛ وأما من العجز الكامل فهو ما يأتي على كل العضو، فيعوق استعماله مطلقا.

ويعتمد في تحديد نوعية العجزين المذكورين على قابلية الضرر للمراجعة من عدمها؛ ولا شك في وجود صعوبات في تحديد جسامة ذلك؛ ولا ريب في النوعية الكاملة للعجز متى كان العضو المتضرر واحدا بالبدن (الطحال، حاسة الشم، حاسة التذوق...)؛ ويثار التساؤل متى توفر للبدن نظيران من العضو المصاب (يدان، رجلان، عينان)، فهل أن ما يصيب أحد العضوين يعد من قبيل العجز الجزئي أم الكامل؟ يعتمد على الأطباء - هنا أيضا - في تحديد الإجابات[2]؛ ومما يذكر في هذا الصدد اعتماد تقسيمات تميز بين الأضرار

(1) تستعمل جل النظم القانونية في هذا الصدد آلة قيس شبه عالمية، وهي نسبة السقوط البدني التي قد تكون وقتية وقد تكون دائمة.

(2) جاء بالفصل 138 من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للأشخاص في إطار التأمين الوجوبي للسيارات ما يلي "يتم تقدير الأضرار الناتجة عن العجز الدائم من قبل الأطباء الشرعيين والأطباء المتحصلين على شهادة الكفاءة في تقدير الضرر البدني (فقرة 1)؛ ويتم ترسيم الأطباء الشرعيين والأطباء المتحصلين على شهادة الكفاءة في تقدير الضرر البدني بقائمة تضبط بقرار من وزير العدل وحقوق الإنسان طبقا لأحكام القانون المتعلق بالخبراء العدليين ما لم تتعارض مع أحكام هذا الباب بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالصحة العمومية (فقرة 2)»

بحسب خطورتها[1]؛ مرتّبة عن كل نوعية نسبة معينة، وآثار قد تصل إلى حد تمكين المتضرر من الاستعانة بشخص آخر للقيام بشؤونه[2].

قسم 2 - شروط الضرر الموجب للتعويض

يشترط في كل ضرر، حتىّ يتمكن صاحبه من تعويضه، أن يكون حالا (فقرة 1) ومشروعا (فقرة 2).

فقرة 1 - شرط الحلول

أن يكون الضرر حالا، معناه أن يكون موجودا عند رفع دعوى التعويض (عنصر 1)؛ وهو ما يثير إشكال الضرر المستقبلي (عنصر 2)

(1) جاء بالفصل 137 من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للأشخاص في إطار التأمين الوجوبي للسيارات ما يلي «إذا كانت نسبة العجز الدائم للمتضرر تساوي أو تفوق ثمانين بالمائة فإنه يمكن منحه تعويضا بعنوان الاستعانة بشخص آخر (فقرة 1)؛ ويجب أن يتم التنصيص على ضرورة الاستعانة بشخص آخر ضمن التقرير الذي يحرره الطبيب الخبير (فقرة 2)؛ ويساوي التعويض الممنوح بهذا العنوان نسبة عشرين بالمائة من قيمة التعويض البدني الناتج عن العجز الدائم حسب طريقة تعويض الضرر البدني والضرر المهني (فقرة 3)»

(2) جاء بالفصل 133 فقرة 2 من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للأشخاص في إطار التأمين الوجوبي للسيارات ما يلي: «وتضبط قيمة نقطة العجز على أساس سن المتضرر ونسبة العجز ومقدار الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع وذلك وفق الجدول التالي (يلي جدول يمير - أفقيا - بين من إن كان المتضرر سنه دون 18 سنة أو أكثر من 30 سنة مقسما السن شرائح بين 18 و25 سنة و25 و30 سنة... و - عموديا - بين نسب عجز تتراوح من 1 في المائة إلى 100 في المائة)؛ وجاء بالفصل 136 من نفس القانون ما يلي: يحدد مبلغ التعويض عن الضرر المعنوي والجمالي حسب درجة الضرر المقدر في التقرير الطبي (فقرة 1) ويتم التعويض عن هذا الضرر على أساس نسبة من الأجر الأدنى السنوي المضمون لنظام أربعين ساعة عمل في الأسبوع وفقا لسلم الدرجات التالي (وهو سلم يتضمن قائمتين: الأولى عنوانهما «درجة الضرر» و«مبلغ التعويض» مرتبة عن كل درجة نسبة تعويض مائوية، مقابلة بين الضرر «المنعدم» صفر في المائة، وعن الضرر «الخفيف جدا» 10 في المائة، وعن الضرر «الخفيف» 15 في المائة، وعن الضرر «المعتدل» 25 في المائة وعن الضرر «المتوسط» 40 في المائة؛ وعن الضرر «الكبير» 80 في المائة وعن الضرر «الهام» 150 في المائة وعن الضرر «الهام جدا» 300 في المائة

عنصر 1 – وجود الضرر

يقتضي وجود الضرر أن يكون **حاصلا** في كافة الأضرار المطالب بتعويضها (ب) وأن يكون **متوقعا** فيما يهم الأضرار الناجمة عن العلاقات التعاقدية (أ).

أ) الضرر المتوقع

ينطبق شرط التوقع في الأضرار التعاقدية فحسب، كما قلنا؛ ويقتضي ذلك أن تدخل الخسارة في حسبان الأطراف المعنية بالتعاقد؛ وتحدد الشرط المذكور ما يتجه إلزام الطرف المطلوب بجبره[1]؛ ولا مانع - طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية - من أن يتحسب المشتري لبعض الأضرار التي قد تبدو غير متوقعة فيتولى التنصيص على تعويضها بالعقد[2].

ويشهد القانون التونسي بعض الاختلاف فيما يتعلق **بشرط التوقع** مقارنة بنظيره الفرنسي، حيث خصه هذا الأخير بتنصيص صريح[3]، في حين يمكن اعتبار الشرط المذكور مما تقتضيه طبيعة العلاقات التعاقدية من الأحكام بالقانون التونسي؛ وتبقى مسألة التوقع بالنظامين (التونسي والفرنسي)، مسألة تقديرية، يحق للقضاء أن يتوسع فيها بحسب جملة من الاعتبارات، ومن ذلك أن يكون البائع حسن النية أو لا، وأن يكون من أهل التخصص أو لا[4]، إلى غير ذلك من الاعتبارات التي يجوز للقاضي أن يتخذها وأن يبرر بها موقفه بوجه مستساغ[5].

---

(1) من المتوقع أن تؤدي بقرة مصابة إلى إصابة غيرها من الأبقار، وهو ما يسمح لمشتري البقرة بتعويض ما ناله نتيجة وفاة هذه الأخيرة وهلاك قطيعه بسببها؛ وليس من المتوقع، أن تؤدي وفاة بقرة إلى إفلاس مشتريها، أو إلى طلاقه أو هجران أبنائه له...

(2) طبقا لمبدأ حرية التعاقد

(3) وقع التنصيص على خاصية التوقع في الضرر التعاقدي صراحة بالفصل 1150 من المجلة المدنية الفرنسية في قوله: «Le débiteur n'est tenu que des dommages intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat»

(4) يأخذ فقه القضاء الفرنسي بتعويض الضرر المتوقع، ولو أنه استثنائي، وقع تطبيق ذلك بالمسؤولية الطبية على وجه الخصوص.

(5) حول ما يثيره شرط التوقع من إشكاليات، يراجع: I. Souleau: *La prévisibilité du dommage contractuel*, Thèse Paris II, 1979.

ب) الضرر الحاصل

لا يقبل بتعويض الضرر - مهما كانت طبيعته - إذا لم يكن قد حصل بالفعل عند رفع دعوى التعويض؛ كأن تتمثل الإصابة في انهدام **حائط** فيستوجب ذلك سقوطه واقعا أو هلاك سيارة يستوجب أن تكون قد اندثرت فعلا أو استئصال عضو بالبدن يستوجب أن يكون قد فُقد حقيقة...

وقد يتطلب الوضع إرجاء النظر في التعويض إلى حدّ التئام الضرر[1]، وهو ما يصادف في الأضرار البدنية خاصة حيث يمكن التأخير في النظر في التعويض النهائي إلى أن تتضح نسبة العجز البدني الدائم؛ ولا يمنع هذا الظرف (الذي يكون الضرر فيه لم يتضح نهائيا بعد)، من أن تصرف للمتضرر غرامة وقتية[2]، يقع خصمها من مبلغ التعويض الذي يحكم به نهائيا فيما بعد؛ وهذه الوضعية التي لا شك في ضررها تختلف عن وضعية أخرى، تعرف بوضعية الضرر المستقبلي كما سوف نرى الآن.

عنصر 2 – الضرر المستقبليّ

هو ضرر لا تظهر كافة تداعياته في فترة ما، وإنما بعد مدة قد تطول وقد تقصر؛ كأن يُمنى أحدهم بإصابة تؤول به إلى إعاقة تمنعه من العمل، أو أنها تحول دون تدرجه في مراتب العلم أو سلم الوظيفة[3].

---

(1) La consolidation du dommage في الاصطلاح الفرنسي.

(2) بمقتضى دعوى استعجالية، أو عند القيام بالحق الشخصي من قبل القاضي الجزائي

(3) تختلف هذه الوضعية عن وضعية المتضرر الذي أبرم صلحا معتقدا عن غلط وأن ضرره يسير أو أن له حجم معين، فيتضح بعد ذلك وأنه جسيم أو أن له حجم أكبر؛ فَيُضفي. حيث أنه إذا تسبب شخص في إصابة شخص آخر وتصالح المتضرر مع المسؤول عن الضرر أو مع شركة التأمين التي أمنته فقد يقع المتضرر في غلط في جسامة الإصابة وقت الصلح فيرضى بمبلغ قليل من المال معتقدا أن الإصابة يسيرة ثم يتبين له بعد ذلك أن الإصابة من الجسامة بحيث خلفت له عجزا مستديما ففي مثل هذه الأحوال يجوز للمتضرر أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهري وقع فيه وهو غلط في محل التعاقد فقد تصالح على إصابة ظن أنها يسيرة فإذا هي بلغت من الجسامة حدا كبيرا لكن يجب أن تكون هذه الجسامة قد كشفت عن ضرر يختلف في طبيعته عن الضرر الذي كان موجودا وقت الصلح أما مجرد تفاقم الضرر الذي كان موجودا وقت الصلح فلا يعدو أن ينتج غبنا والغبن لا يؤثر في

وما من شك في تعقد مسألة تعويض الأضرار المستقبلية بمادة المسؤولية المدنية بصفة عامة، وببعض الميادين بوجه خاص، لاسيما البيئي منها[1]، لما تثيره من إشكاليات تقنية حيث يتعامل القاضي - هنا - مع وضع لا يدرى تطوراته، وهو ما يجعل موقفه غير مقنع أحيانا[2].

على أن ما يبدو فقه القضاء متجها نحوه، وأن الضرر المستقبلي يكون موجبا للتعويض متى كانت تداعياته مؤكدة في المستقبل[3]، فيقع تعويضه مثل ما يقع تعويض الضرر الحاصل بالفعل[4]؛ وهو ما يسمح للمتضررين

الصلح إلا إذا صحبه تغرير وهو ما اقتضاه الفصل 1473 من م ا ع من أنه لا يسوغ القيام بالغبن إلا إذا كان هنالك تغرير وقد جاء كتب الصلح ناصا على أن المتضررة قبلت الصلح على المبلغ المنصوص به وارتضته لتعويض كل الأضرار التي لحقتها من الإصابة وتنازلت نهائيا عن أي طلب في الموضوع وتأسيسا على ذلك فإن محكمة القرار لما نحت هذا المنحى ورفضت دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر المدعى به تكون قد أقامت قضاءها على أساس صحيح حسب الواقع والقانون واتجه لذلك رد المطعن لفقدانه لسنده خاصة وأن الطاعنة لم تطلب فسخ الصلح وإنما هي متمسكة به ولم تطعن فيه بما يوجب الإبطال من جهة ولأن تفسير الكتائب من اختصاص محكمة الأصل» (تعقيبي مدني عدد 75502، مؤرخ في 13 جانفي 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، جزء 1، ص 81).

(1) يراجع في هذا الشأن أطروحة الأستاذة ندى الزيدي «Le règlement du contentieux de l'environnement entre la répression et la réparation»، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية (تونس 2)، 2008-2007، ص 293 وبعد.

(2) قام أحدهم طالبا تعويض الأضرار اللاحقة بأرضه الفلاحية ومنتجاته على معمل الإسمنت بقابس؛ فقضت له المحكمة بالتعويض عن الأضرار الماضية والحالية ورفضت الحكم له بتعويض الأضرار المستقبلية مبرزه ذلك بقولها: «أما ما طلب للمدة المقبلة فإنه لا يمكن النظر فيه الآن ما دام غير محقق الوقوع بصفة يقينية لاحتمال أن الشركة المطلوبة تحسّن مواصفاتها أو تجددها بشكل يمنع الضرر مستقبلا واتجه رفض الطلب بشأنه» (حكم ابتدائي قابس عدد 992، مؤرخ في 8 جويلية 1985، ق ت لسنة 1986، مجلة عدد 9، الصفحة 73)

(3) من القرارات التي أقرت ضمنيا التعويض عن ضياع الفرصة القرار التعقيبي المدني عدد 10804، الصادر بتاريخ 23 جانفي 1985 (نشرية م ت لسنة 1985، قسم مدني) «... العبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة الآخر، هو أن يثبت أن الهالك كان يعوله في وقت وفاته على نحو مستمر دائم وإن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل محققة»

(4) قضي: «إن الضرر الذي لا تمكن مشاهدته إلا في المستقبل والمعلق على شروط وقوعها غير محقق لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره» (تعقيبي جناحي عدد 1831، مؤرخ

بالقيام -ولو بعد حكم قاض لهم بالتعويض- قصد المطالبة بجبر ما نالهم من خسائر، بحكم استفحال (ويقال أيضا تفاقم) ما حصل لهم من أضرار[1]؛ ومن القوانين الخاصة ما يسمح بذلك[2]، لاسيما فيما يتعلق بتعويض أضرار الحوادث المهنية والأمراض الشغلية[3]، وحوادث المرور (فيما يتعلق بالأضرار الجسمانية على الأقل[4])؛ ويبدو فقه القضاء مشترطا في ذلك أن لا يكون قد سبق للمتضرر أن تحصل على تعويض بهذا الشأن، قابلا أن ينفتح أجل المطالبة إلى تاريخ ظهور تفاقم الضرر، لا بقيامه أولا[5].

في 16 ماي 1939، قضاء وتشريع، الأعداد 1 و2 و3 و4 و5 لسنة 1963، ص 188)

(1) ويستوجب التعويض إثبات العلاقة بين استفحال الضرر والواقعة الأصلية المنشئة له؛ قضي: «المتضرر في حادث طريق أصيب فيه بسقوط.. بالأسنان بفقد ستة منها حسب معاينة الطبيب إثر الحادث... وما توسع به المتضرر في دعواه بعد ثلاثة أعوام أخرى من فقده كامل أسنانه وثبت من الاختبار المأذون به أن فمه خال من جميع الأسنان... إلا أن الخبير الطبي لم يذكر في تقريره نسبة ذلك السقوط بالحادث، فاعتماد المحكمة لذلك الخلل في الاختبار الماضي وتقاربه مع الأول... فالحكم بحفظ الحق في غرامة الأسنان يكون في طريقه...» (تعقيبي مدني عدد 6997، مؤرخ في 22 جوان 1982، نشرية 1983، جزء 3، ص 232).

(2) ويستعان هنا أيضا برأي أهل الخبرة.

(3) قضي: «إذا تصالح المتضرر مع المسؤول عن الضرر أو مع شركة التأمين على إصابة ظن أنها يسيرة ثم تبين له بعد ذلك أن الإصابة خلفت له عجزا مستديما يجوز له أن يطلب إبطال الصلح لغلط جوهري وقع فيه وهو غلط في محل التعاقد» (تعقيبي مدني عدد 75502، مؤرخ في 31 جانفي 2000).

(4) جاء بالفصل 132 فقرة 2 من القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 ما يلي: «وفي صورة تفاقم الأضرار الناتجة عن العجز الدائم يقع التعويض حسب الإجراءات والمقاييس المتعلقة بأضرار العجز الدائم الواردة بهذا الباب» وجاء بنفس الفصل في فقرة الثالثة ما يلي: «ولا يمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المشار إليها بالفقرة المتقدمة بعد مرور خمس سنوات من تاريخ تحديد نسبة العجز النهائية».

(5) قضي: «... أن تفاقم الضرر المطلوب التعويض عنه في قضية الحال لم يكن منظورا من المحكمة ولم يدخل التعويض عنه في حساب التقدير بموجب الأحكام السابقة بل هو ضرر جديد يستلزم تعويضا جديدا وأن أجل سقوط القيام في شأنه لا ينطلق منذ تاريخ حصول الحادث بل يسري من تاريخ إصابة المضرورة بتفاقم ضررها... النقض» (قرار تعقيبي مدني عدد 26697، مؤرخ في 19 نوفمبر 2003، نشرية م ت لسنة 2003، قسم مدني، ص 93 وبعد).

ومن الأضرار المستقبلية ما لايكون ثابتا في عناصره أو محقق الحصول في تداعياته عند القيام بل أن ذلك قد يحصل وقد لايحصل مستقبلا؛ النظم القانونية عموما[1]، والنظام القانوني التونسي لاتستبعد تعويض مثل هذه الأوضاع[2]،بل أنها تقبل بذلك من خلال مؤسسة ضياع الفرصة[3]، و«غياب الأمل»[4]؛ كمن يعوقه حادث عن التقدم إلى مناظرة لها أهميتها بالنسبة

(1) ربما رأى البعض وأن القانون التونسي لا يأخذ بتعويض الفرصة الضائعة؛ مثل هذا الموقف قد يدحض بالموافقة لجملة من المعطيات: القانون التونسي لا يمنع من تعويض الضرر المستقبلي ولكنه يشترط في ذلك أن يكون مؤكدا والفرصة ليست كذلك؛ ومع ذلك، فالفرصة يمكن أن تشكل عنصرا في الذمة، لاسيما مع أخذ نظامنا بمشروعية ألعاب الحظ؛ ويبدو وأن هذا الموقف هو الذي ينتهجه فقه القضاء؛ قُضيَ: «وحيث بالرجوع إلى مستندات حكم البداية الواقع تبنيها من قبل محكمة القرار المنتقد يتضح أن المحكمة اعتبرت أن الضرر اللاحق بالطاعن يتمثل في تفويت الفرصة عليه لبيع الأسهم ولتداولها منذ شهر فيفري 1996 إلى 30 ماي 1997 وعند تقديرها للضرر اعتمدت على جملة الوثائق المظروفة بالملف بما فيه تقرير الاختبار لمقارنته مع الأسهم في التاريخين: شهر فيفري 1996 طلب تسليم الأسهم، وشهر ماي 1997 تاريخ تسليم الأسهم، واعتمادا كذلك على إمكانية البيع من عدمها... وترتيبا على ذلك، فإن التقدير الذي توصلت إليه كان بناء على ما توفر لديها من معطيات ثابتة بالملف واعتبارا لما لها من سلطة تقديرية بوصفها محكمة موضوع...» (تعقيبي مدني عدد 4149، مؤرخ في 30 جانفي 2001، نشرية م ت لسنة 2001، قسم مدني، جزء 1، ص 99).

(2) يبدو موقف القضاء الإداري فيما يتعلق بتعويض ضياع الفرصة أكثر ثبوتا من نظيره العدلي؛ قُضي: «حيث دأب فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أن الضرر المتعلق بتفويت الفرصة باعتباره فرعا من الضرر المادي يقتضي الحكم به وجود ضرر ثابت ومحدد وجدي يمكن تقديره على أسس ملموسة وواقعية وبالتالي لا يكون محل تخمينات على افتراضات لا علاقة لها بالعمل الإداري» (فقه قضاء إداري، استئنافي عدد 22699، مؤرخ في 12 ماي 2001، مجموعة قرارات 2001، ص 269 وما بعد).

(3) يبدو فقه قضاء المحكمة الإدارية مستجيبا للأخذ بضياع الفرصة أكثر من نظيره العدلي ولكنه يشترط لذلك أن تكون الفرصة حقيقية وجدّية؛ قُضيَ: «وحيث أنه ولئن جرى فقه القضاء (الإداري على ما يبدو من منطوق الحكم) على التعويض على ضياع الفرصة فقد اشترط لذلك أن تكون الفرصة المطلوب التعويض عن ضياعها فرصة حقيقية وجدّية؛ وحيث أن فرصة انتداب المدعي بسلك مساعدي التعليم العالي ليست بالفرصة الجدّية ولا حتى بالحقيقية باعتبار أن التسمية بتلك الرتبة تتوقف على إجراء مناظرة وطنية والنجاح فيها وهو أمر غير مؤكد» (حمزة. م ع ن د في حق وزارتي التعليم العالي والشباب والرياضة، حكم ابتدائي في القضية عدد 1/11517، مؤرخ في 30-1-2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 95).

(4) قُضي: «حيث خلافا لما جاء بهذا المطعن (الرامي إلى حرمان الأب عن وفاة جنينه) فإن

لتكوينه المعرفي أو تدرجه المهني؛ أو التقصير في القيام بإجراء ما يلحق به خسارة[1]؛ فمثل هذه الأضرار تعتبرها القوانين حالة[2]؛ ولكنها تشترط في تعويضها أن تكون الفرصة جدية؛ لا خيالية[3] والأمل قويا لا منعدما.

الفاجعة التي أصابت والد الجنين بوفاة هذا الأخير يمثل ضررا ثابتا وحالا ومباشرا إذ أنه رزئ في فلذة كبده قبل أن ترى النور وأصيب بخيبة الأمل في أن يبشر به وليدا...» (تعقيبي مدني عدد 5482، مؤرخ في 7 فيفري 2005، ق ت المارس 2006، ص 179 وما بعد)

(1) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 15392، الصادر بتاريخ 26 جوان 2002 (نشرية م ت لسنة 2002، قسم مدني عام، جزء 2، ص 186) والذي أقر ما قُضي بقرار استئنافي لفائدة مراهن، تقاعست صاحبة نقطة بيع القصاصات على تبليغها إلى الشركة المنظمة للمراهنة، فحرم لأجل ذلك من مبلغ يحق له فيه نتيجة توافق قصاصته مع قائمة الفرق الرياضية الفائزة...

(2) يجوز التساؤل عن مدى أخذ القانون التونسي بالتعويض عن ضياع الفرصة ولا مانع -حسب رأينا- من ذلك، لاسيما مع اعتراف مشرعه بمشروعية الفرصة ببعض الميادين (التكهنات الرياضية المعروفة بالبروموسبور)؛ أما فقه القضاء، فيبدو وأنه لم يحسم في الموضوع لحد هذا. ولكن هناك من القرارات ما لا يستبعد الأخذ ضمنيا بالفرصة كعنصر يعتبر في مكونات الذمة؛ قُضيَ: «إنه ولئن كان المدعي في تاريخ الحادث يبحث عن عمل فلا شيء يمنع المحكمة من تعويضه عن الخسارة اللاحقة به نتيجة حرمانه من أجرته طول مدة المعالجة طالما أن نشاطه وهو سياقة الجرارات متقطع بطبيعته فيتعطل يوما أو بضعة أيام ثم يستأنف عمله ليكون نشاطه مطلوبا باستمرار مما لا يصح معه اعتبار المتضرر عاطلا عن العمل بالمعنى السلبي لهذه الكلمة ولا حرمانه بالتالي من التعويض المعادل عن المدة الطويلة التي قضاها في المعالجة بدون عمل ولا سند مادي لمجرد عدم ارتباطه يوم الحادث بعمل» (تعقيبي مدني عدد 4722، مؤرخ في 5 ماي 1981، نشرية م ت لسنة 1981، قسم مدني، جزء 1، ص 258)؛ وقُضيَ: «الشاب الصغير الذي مات في حادث وانقطع عائده على مكفوليه من إخوة وأبوين وقدم هؤلاء شهادة إدارية تبين له النظر في العيش من دخله فإن عدم تقدير تلك الشهادة من أصلها والحكم بعدم سماع دعوى التعويض لا يرتكز على أساس من الواقع واستوجب النقض» (تعقيبي مدني عدد 6508، مؤرخ في 18 نوفمبر 1982، نشرية م ت لسنة 1982، قسم مدني، جزء 4، ص 292)؛ وقُضي «... وحيث أن محكمة الموضوع لما ألزمت المعقبة بالأداء على ذلك النص القانوني (107 م ا ع) محتسبة دخل الهالك الذي حرم منه خلفائه العامين إلى غاية سن التقاعد ولا إلى نهاية المدة المحددة بعقد شغله باعتباره عاملا وقتيا فإن قرارها لا مطعن فيه إذ انبنى على دخل مادي ثابت صادر عن الغير يتمثل في بطاقة أجرته الأخيرة وإن القول بإمكانية إنهاء العلاقة الشغلية التي ولئن كانت مؤقتة لا يحرم المعقب ضدهم من التعويض إذ من حقهم المطالبة دائما باعتماد الأجر الأدنى المضمون...» (تعقيبي مدني عدد 1667، مؤرخ في 2 ... 2004، نشرية م ت لسنة 2004، قسم مدني، جزء 2، ص 75)

(3) يراجع في هذا الشأن موقف فقه القضاء الفرنسي: Civ. 2ème 12 mai 1966, Bull. civ. II, n° 561, Dalloz 1967. 3. « Mais attendu que la cour d'appel relève qu'au moment de

ولا يُعوّض خاسر الفرصة بمثل ما يُعوّض من اكتسبها فعلا[1]، وإنما بما له من حظوظ في اكتسابها: فلا جبر متى كانت حظوظ المرشح للفوز بالوظيفة منعدمة[2]، ولا جبر بمثل ما يجبر من نجح فعلا وحرم من التمتع بالشهادة أو بالمركز، وهو ما يؤول بالتعويض عن ضياع الفرص والآمال إلى طابع رمزي[3].

فقرة 2 – شرط المشروعية

تعد المشروعية من شروط تعويض الأضرار حسب النظام القانوني التونسي (عنصر 1)؛ وفي اعتباره لذلك يختلف القانون المذكور عن غيره من القوانين الأخرى وهو ما يجيز التساؤل عن جدوى الإبقاء على هذا الشرط، لكونه قد يؤول إلى حرمان بعض الطالبين من تعويض ما نالهم من ضرر حال (عنصر 2).

عنصر 1 – موقف القانون التونسي من مشروعية الضرر

تقتضي المشروعية أن يتعلق التعويض بمصلحة يقرها القانون[4]؛ ويرجع هذا الأخير في القول بذلك إلى جملة من المعطيات، القانونية

l'accident, demoiselle Erhard était âgée de 19 ans et venait d'échouer à la première partie du baccalauréat, que la vocation qu'elle alléguait à une carrière de pharmacienne, qu'elle était loin d'avoir abordée, demeurait une pure hypothèse ».

(1) « Elle (la réparation de la perte de chance) doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait cette chance si elle s'était réalisée » (Civ. 1re, 16 juillet 1998; *Bull. civ. I, n° 260 ; JCP 1998, II, 10143*, note R. Martin).

(2) كأن تكون أعداده رديئة للغاية.

(3) « En cas de perte de chance, la réparation du dommage ne peut être que partielle » (Civ. 1re, 27 mars 1973, *JCP 1974, II, 17643*, note R. Savatier ; *Gaz. Pal. 1973, 2, 630* note Doll ; Com. 19 oct. 1999, Bull. civ. IV, n° 176 ; Defrénois 2000, 1278, note Lecourt ; *Petites affiches 6 avril 2000*, note Coffy de Boisdeffre) حول ضياع الفرصة؛ يراجع: A. Benabent, *La chance et le droit*, 1973 ; J. Boré « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP* 1974, I, 2620.

(4) قُضيَ: "... والضرر يقصد به المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما؛ مساس يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق لصاحبه" (قرار استئنافي مدني عدد 31293، صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس في 5-11-2009، غير منشور).

والأخلاقية ومنها أن يكون الحق المصاب قيمة تحميها النصوص وأن توجد علاقة بين المتضرر المباشر والمتضرر غير المباشر لاتستهجنها الاعتبارات الاجتماعية الخاصة بالمجموعة الوطنية[1].

ويمكن للمثالين الموالين توضيح شرط مشروعية في تعويض الضرر عموما؛ المثال الأول يهم تاجر يتظلم من تصرف زميل له، يستعمل دعاية تستهدف زبائنه التقليديين؛ أما من المثال الثاني فيتعلق بامرأة فقدت شخص كان ينفق عليها بسبب حادث مرور؛ فهل من حق التاجر في المثال الأول أن يقوم على زميله في تعويض ما ناله من تصرفات ضارة؟ وهل من حق المرأة، بالمثال الثاني، الحصول على تعويض ما ينالها بسبب فقدان من كان ينفق عليها مع أنه ليس بزوجها أو قريبها؟

تختلف الإجابة في كل سؤال: ففي المثال الأول لايحق للتاجر أن يقوم على زميله، لكون ما يستعمله هذا الأخير من السلوك لاستقطاب الحرفاء إنما يتطابق ومقتضيات الاتجار، حيث أن المنافسة هنا عمل مشروع، يحميه القانون؛ ولكن يشترط للبقاء في حدود المشروعية المقصية للتعويض أن يبقى التاجر المقام عليه في حدود ما يسمح به القانون من النشاط، فيحق للمتضرر أن يطالب بجبر ما ناله من الخسائر متى كانت المنافسة غير مشروعة[2]، كأن تتجسم باتفاقيات مستبعدة لها، أو مقسمة للسوق[3]؛ وفي المثال الثاني، فإن التعويض للمرأة التي فقدت سندها مرتبط بمدى مشروعية

(1) قُضيَ: «إن التعويض عن الضرر المادي لا يشترط فيه أن يكون هذا الضرر محققا فحسب بل لا بد من أن يؤدي إلى الإخلال بحق أو بمصلحة مالية للمتضرر وتأسيسا على ذلك فإن العبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة الآخر، هو أن يثبت أن الهالك كان يقوله في وقت وفاته على نحو مستمر دائم وإن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل محققة» (تعقيبي مدني عدد 10804، مؤرخ في 28 جانفي 1985، نشرية م.ت لسنة 1985، قسم مدني).

(2) قُضيَ: «الأصل في الاتجار المزاحمة والسعي المستمر في جلب الحرفاء لكن بدون مكر ولا خديعة» (استئنافي تونس، عدد 51199، مجلة ق.ت عدد 7 سنة 1960، ص 58 - 62).

(3) تراجع في هذا الشأن مؤلفنا في القانون التجاري: *Une introduction au droit commercial tunisien, 2004*، لاسيما ما يتضمنه فيما يتعلق بالمنافسة غير النزيهة.

العلاقة بينها وبينه: فإن توفرت صفة الزوجة الشرعية، حق لها ذلك؛ وإن انعدمت تلك الصفة، فقدت ذلك.

وتختلف مواقف القوانين الوضعية من مسألة مشروعية الضرر؛ ومبرر ذلك ارتباط التعويض بجملة من الاعتبارات الأخلاقية التي تختلف من مجتمع لآخر ومن حقبة زمنية لأخرى؛ ففي القانون الفرنسي مثلا، لا يمنع غياب الزواج من أن تطالب الخليلة بتعويض ما لحقها من ضرر نتيجة هلاك خليلها؛ بل أن القانون بهذه البلاد قد تطور، متأثرا في ذلك - ولا شك -، بما يصبو إليه مجتمعه من تفتح أخلاقي... فبعد فترة فتح فيها باب التعويض على مصراعيه لغير المتزوجين(1)، شهد فقه القضاء هنا مرحلة لم يقر فيها التعويض لهؤلاء إلا متى كانت العلاقة بين الطرفين دائمة وغير منافسة لعلاقة الزواج: أي أن يكون كل من الهالك وقرينته في حل من الروابط الزوجية(2)؛ ثم وفي مرحلة تليها، أقر فقه القضاء الفرنسي للقرينين بالتعويض، ولو مع ارتباط أحدهما - أو كليهما - بزواج آخر(3)؛ وشهد المشرع الفرنسي نفسه التفتح بالإقرار لأشخاص لها نفس الجنس من أن تعيش عيشة الأزواج(4)، وهو ما يؤول منطقيا إلى الإقرار بالمشروعية لهذه العلاقة وبالحق في التعويض لمن يُمنى بالحرمان من الآخر... وهو ما يؤدي إلى اعتبار الضرر كاف في حد ذاته في الحكم لطالبه بالتعويض(5)... فهل من الوجيه أن يبقى القانون التونسي على موقفه في التضييق من المشروعية؟

---

(1) يراجع: Civ. 27 juill. 1937, *Dalloz Périodique* 1938, 1, 5, note R. Savatier ; *Sirey* 1938, p. 321, note G. Marty, *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 376, note Dallant ; *Grands arrêts*, n° 111.

(2) يراجع: Civ. 27 fév. 1970, *Dalloz* 1970, Jurisp., p. 201, note Combaldieu ; *JCP* 1970, II, 16305, concl. R. Lindon, note G. Parléani ; *Grands arrêts*, n° 12, RTD civ. 1970, pp. 353 et ss, observ. G. Durry.

(3) يراجع: Crim. 19 juin 1975, *D.* 1976, Jurisp. p. 679, note Tune.

(4) Gens pacsés.

(5) حول هذه المسألة، يراجع: H. Mazeaud : « *La lésion d'un intérêt juridiquement protégé* », *Gaz. Pal.* 1981, 2, Doct. pp. 460 et ss.

عنصر 2 - مناقشة الموقف التونسي في مشروعية التعويض

من الحالات ما يجيز التساؤل عن جدوى الإبقاء على موقف القانون التونسي في اشتراط المشروعية للقبول بتعويض الأضرار اللاحقة ببعض أصحابها؛ وتلك الحال في علاقات الزوجية والخطبة، وحتى الصداقة...

وفعلا، قد يبدو مدهشا لأول وهلة، أن تتحصل زوجة على تعويض أضرار تزعمها بسبب وفاة زوج تعيش معه حالة فتور أو توتر دائم؛ ومما يثير الدهشة أيضا أن تحرم امرأة من تعويض نفس الضرر، حال أنها تعيش علاقة محبة مع من فارق الحياة: فاللوعة مزعومة في الحالة الأولى، وهي حقيقية، بالرغم من عدم مشروعيتها، في الوضعية الثانية.

وقد يطرح نفس التساؤل بالنسبة لخطيبة تجاهد في التخلص من خطيبها، ومن أخرى مازالت لم تكتمل مراسم الخطوبة التي كانت لتقع لو لا أن الخطيب لم يمت... ومن الأصدقاء أيضا ما تكون علاقته وطيدة بشخص توفي بحادث أكثر من شقيق أو شقيقة لم تعد تجمعه بشقيقه أو شقيقته سوى بعض المناسبات... فهل لا يحق لهؤلاء جميعا اعتبار علاقتهم مشروعة والحكم لهم بالتعويضات المطلوبة، لاسيما ما يكون منها معقولا ورفض ذلك للبقية؟

ربما يتوجب أن لا يقع النظر في كل علاقة على حدة، بل أن تصاغ في اعتبار المشروعية كشرط في الأخذ بالضرر بالقانون التونسي قواعد عامة، تمكن من فصل الحالات في كل مرة؛ ومن ذلك قاعدة مفادها أن التعويض مبناه علاقة الإيثار الحقيقية: فإن وجدت حُق لصاحبها الحصول عليه، وإن لم توجد وجب حرمانه منه.

ولا مانع في اعتبار المشروعية، الرجوع إلى الاعتبارات الأخلاقية بالمجموعة؛ وما من مانع - عند الأخذ في كل ذلك - باعتبارات الإنصاف. فالمرأة التي كان يعولها شخص ليس بزوجها أو شقيقها، لا ينبغي أن تحرم من التعويض نتيجة وفاته آليا، لاسيما متى كانت علاقتهما شريفة، كأن تكون

زوجة شقيق أو صديق مات من قبل المتضرر المباشر؛ مع التذكير بأن الفصل 49 من مجلة الأحوال الشخصية لا يمنع الشقيق أو الصديق الباقي على قيد الحياة من أن ينفق على زوجة شقيقه أو صديقه، لتنصيصه: «من التزم بنفقة الغير كبيرا أو صغيرا لمدة محدودة لزمه ما التزم(بـ)ه، وإذا كانت المدة غير محدودة وجاحدها فالقول قوله في ذلك» مبررا الذلك[1]...

وربما كان الموقف فقه القضائي في اعتبار النسب موضوع الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية مما يمكن إثباته دون لزوم لزواج شرعي مما يوحي نحو اعتماد موقف جديد، لا يقول بشرعية العلاقات بين الذكر والأنثى بوجود زواج بينهما بالضرورة، وإنما بحكم توفر علاقة في الواقع[2]، خاصة متى لم يكن أحد أصحابها مرتبطا بزواج مع غيره[3]...

(1) ربما لمس تفتح فقه محكمة التعقيب في هذه المسألة من خلال الحيثية الآتية الواردة بأحد قراراتها ردا على دفاع شركة تأمين رام إلى عدم الحكم بالغرم المادي لفائدة أب نتيجة وفاة ابنه نظرا لما ارتأى لها من كونه كان موجودا بالسجن آنذاك: «... وحيث يؤخذ من هذا التبيان أن المتضرر لم يدع إطلاقا أنه حرم من حقه في النفقة لكنه أوضح أنه حرم بفعل الحادث من منفعة كان يؤمنها له ابنه الهالك طبقا لما جرت عليه العادة ومن عادة لا تخرج عن الإطار الأخلاقي والالتزامات الطبيعية التي ألفها عامة الناس وساموا بها... نقض» (تعقيبي مدني عدد 1948، مؤرخ في 31 أكتوبر 2005، نشرية م ت لسنة 2005، قسم مدني، ص. 77 وبعد).

(2) تعقيبي مدني عدد 16757، مؤرخ في 18 أكتوبر 2002، نشرية م ت 2002، مدني عام، ج 2، ص 491 والذي يذكر بفقه قضاء سابق موضوع قرار صادر عن نفس الدائرة تحت عدد 15709، مؤرخ في 3 مارس 1987).

(3) يذكر ذلك بوضعية شقيقتين قامتا في نفي نسب ولد عن أبيهما ألحق اسمه بحجة وفاته، وانتصبت أم الولد للدفاع على ولدها قولا بأن الولد المذكور هو من صلب أبيهما الذي كان مطلقا من أمهما، وأصدرت المحكمة الابتدائية حكما بنفي نسب الولد؛ فنقضته محكمة الاستئناف، وأصدرت محكمة التعقيب قرارا برفض التعقيب موضوعا لا محالة، ولكن بناء على أن محكمة الاستئناف لم تتمعن من صفات الشهود في الورع والتقوى والاستقامة... (تعقيبي مدني عدد 10649، مؤرخ في 7 جانفي 2002، نشرية م ت لسنة 2002؛ مدني عام، جزء 2، ص 487)؛ وقد بنت قوانين التغطية الاجتماعية وقانون التعويض في أضرار المرور في إطار التأمين الوجوبي من هذه المسائل. وذلك بالتضييق من نطاق التعويض إلى من تربطهم علاقة مشروعة مع القرين؛ ويقر قانون 86 لسنة 2005 بالتعويض حتى للمطلقة متى وجد حكم في جراية عمرية لهذه الأخيرة...

مبحث 2

المعطيات الذاتية

لا تعويض بدون شخص مصاب، يصطلح عليه بالمتضرر؛ فما المقصود بذلك؟ وما هي الأحكام العامة المنطبقة هنا؟ (قسم 1)؟ وهل من أحكام خاصة ببعض المتضررين (قسم 2)؟

قسم 1 – الأحكام العامة بكل المتضررين

يتحدد المتضرر بتعريفه (فقرة 1) وبصفته (فقرة 2).

فقرة 1 – تعريف المتضرر

المتضرر شخص قانوني؛ قد تكون له صبغة الكائن الطبيعي (عنصر 1)، أو الذات المعنوية (عنصر 2).

عنصر 1 – المتضرر ككائن طبيعي

يقصد بالمتضرر الكائن الطبيعي أولا: الآدمي؛ ويشترط في اعتباره محقا في المطالبة بالتعويض أن يكون موجودا، وهو ما يثير إشكالية الجنين[1].

ربما كانت هذه الوضعية حرية ببيان الفائدة من التعرض إلى هذه الإشكالية: لنفترض وقوع ضرر بامرأة حامل أدى إلى تشويه أو إعاقة جنينها، فهل لهذا الأخير الحق في المطالبة بتعويض ما انجر له عن ذلك لاحقا؟[2]؛

(1) يمكن للجنين أن يكون محل ضرر (وهي صورة القرار التعقيبي عدد 5482، المؤرخ في 7 فيفري 2005 (ق ت لمارس 2006، ص 179 وما بعد) ويمكن أن يكون شخص الضرر (أي صاحبه والمطالب به) وهي صورة القرار التعقيبي المدني عدد 4882، المؤرخ في 20 ماي 1982 (نشرية م ت لسنة 1982، قسم مدني، جزء 3، ص 210)...

(2) طرح هذا التساؤل في قرار شهير، يعرف بقرار *Perruche* بفرنسا! وقد كان ذلك بمناسبة دعوى تولى القيام بها طفل ولد مشوها على المؤسسة الطبية التي تولت الإشراف على واقعة متابعة أمه أثناء حملها... وارتأى لمحكمة التعقيب الفرنسية بإمكانية ذلك، وهو ما يمكن التوسع فيه للإجابة على سؤالنا بوجه إيجابي؛ ولكن القانون الفرنسي قد تدخل مانعا الحق للصبي في التعويض (Cass. française, Ass. Plén. 17 nov. 2000).

استقرت المحاكم والفقهاء من قبل على اعتبار أن ما قد يصيب جنينا من أضرار لا يفسح مجال المطالبة من قبله بتعويض ما ناله رأسا، بل أن ذلك لا يكون إلا للمرأة الحامل فقط؛ وكل ذلك يسمح باعتماد إجابة سلبية بالقانون التونسي؛ فهنا أيضا، يمكن القول بأنه لا يحق للجنين أن يطالب بتعويض ما استهدفه من اعتداءات شخصيا، وإنما يكون الحق لأمه في ذلك، فحسب.

التعويض، يكون لشخص ولد حيا، ولو أن واقعة الضرر قد حصلت في فترة كان فيها جنينا[1]؛ وحتى توفي هذا المتضرر، انتقلت حقوقه إلى ورثته: مثار التساؤل عندئذ، إن كان ما ينتقل لورثته، يشمل كافة حقوقه أم البعض منها فقط؛ أثير هذا التساؤل في نوعية خاصة من الأضرار المعنوية، تعرف بضرر الموت[2]، وهو ضرر يصيب شخصا قبيل وفاته يتكون من انخلاعه نتيجة شعوره بدنو منيته وحتمية ذلك... وقد اتخذ فقه القضاء الفرنسي في هذا الشأن موقفا إيجابيا؛ وهو ما لا تسايره فيه كافة الأنظمة، وعلى رأسها النظام القانوني التونسي، اعتبارا إلى أن الضرر المذكور له صبغة شخصية تجعل منه معطى غير قابل للإحالة[3].

(1) قُضي: «عملا بأحكام الفصل 83 م ا ع فإن المقوم في حقه يكون قد تضرر مباشرة من خطأ المعقب ضدها الأولى وهو جنين وذلك بفقده لوالده أثناء الحادث وهو الذي يرعاه ويوفر له لوازمه الحياتية ونتيجة لذلك يكون قد خسر هذه المكاسب المادية بفعل خطأ الغير مما يوجب عليه تعويضه عنها دون اعتبار ما سبق الحكم به لوالدته ولأخته ولا يمكن له محاسبتهما لأن الأمر لا يتعلق بميراث وإنما بتعويض مضرة» (تعقيبي مدني عدد 15101، مؤرخ في 3 أفريل 1986، نشرية م ت لسنة 1986، قسم مدني)

(2) *Pretium mortem*، في الاصطلاح الفرنسي...

(3) قُضيَ: «لئن كان ضرر الموت هو الضرر الحاصل للهالك خلال حادثة الوفاة وهو يتمثل في التعويض عما كابده من جراء الإصابات القاتلة قبل مفارقته الحياة ومن جراء انتزاع حق الحياة منه في الحادثة التي تسببت في الوفاة فإن ذلك الضرر يبقى ضرر شخصي يتعلق بصاحبه ولا يمكن أن ينتقل إلى ورثته باعتباره حق غير قابل للإحالة» (قرار تعقيبي مدني عدد 25999 مؤرخ في 19 ماي 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، ج 1، ص 195).

عنصر 2 - المتضرر كذات معنوية

الذات المعنوية شخص اعتباري، يقع تكوينه من قِبل شخص أو أكثر، يكون خاضعا لجملة من الأحكام؛ ومن الذوات المعنوية ما يخضع للقانون العام فتكون لها طبيعة عمومية، ومنها ما يخضع للقانون الخاص فتكون له طبيعة خاصة[1]؛ كل هذه الأشخاص التي يصطلح عليها القانون بالمعنوية لا تلمس في الواقع، ومع ذلك فلها كيان قانوني، يجعلها عرضة للأضرار بجير لها تعويضها؛ فما هي الأضرار التي يمكن للأشخاص السالفة الذكر أن تطالب بها؟ وإلى أي حد يمكن قبول دعواها في ذلك؟

لا ريب في استقرار النظم القانونية عموما بقبول تعويض الضرر الحاصل للذات المعنوية؛ إلا أن تكون هذه الأخيرة الدولة نفسها أو الهيئات العمومية، ربما بناء على أن أساسها ليس بالمالي؛ أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية، فينطبق فيها ما ينطبق على النقابات والجمعيات والشركات من الأحكام التي تجيز لهم حق المطالبة

ولا يفتح باب التعويض، فيما يتعلق بالذوات المعنوية ـ عامة كانت أم خاصة ـ، على مصراعيه، بل هناك جملة من الأحكام التي قد تضيق منه والتي تحوم مجملا حول ما يعرف باشتراط صبغته الشخصية. كأن تستهدف المؤسسة العمومية ذات الصبغة الصناعية أو التجارية الإضرار بمكاسبها، أو تشهد النقابة أو الجمعية أو الشركة الاستحواذ على أموالها... ففي كل هذه الحالات، يحق للذات المتضررة المطالبة بالتعويض، سواء بدعوى القيام بالحق الشخصي أمام القضاء الجزائي أو بدعوى مدنية مستقلة، تراعى فيها بعض الإجراءات، أمام القضاء المدني، شريطة أن يكون الضرر شخصيا أي متعلقا بذاتها...

(1) من أمثلة الذوات المعنوية التي لها طبيعة عمومية. الدولة والهيئات العمومية والمؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية فيما يتعلق بنشاطها؛ ومن الذوات المعنوية التي لها طبيعة خاصة: النقابات والجمعيات والشركات المدنية والتجارية على اختلاف أنواعها

ويبقى التساؤل قائما بالنسبة للجمعيات خاصة في إمكانية المطالبة بتعويض ما ينال أعضاءها من الأضرار، وذلك ما يعرف بمسألة **دعوى التعويض الجماعية**. وإذ يثار هذا التساؤل، فلوجود جمعيات بعثها القانون للدفاع على بعض الفئات، (المستهلكين، مثلا)؛ فهل يحق لهذه الأخيرة أن تطالب بتعويض ما ينال جمهورها، لأجل دعاية مضرة بمصالحهم، أو الزيادة في أثمان مواد مسعّرة لحمايتهم، بما يصطلح عليه بالدعوى الجماعية[1]، أو الجمعياتية[2]؟

تبدو للنظم القانونية مواقف مختلفة في هذا الصدد؛ فالقانون الفرنسي يقر بذلك متى كانت للجمعية المصلحة العامة، وهو ما تصرح به الإدارة اعتمادا على بعض المعايير (الميدان المعني بالأمر، عدد المنضوين بالجمعية)؛ أما القانون التونسي، فيبدو غامضا في هذا الشأن لحد الآن[3]؛ وهو ما يدفع بالجمعيات المذكورة إلى الحصول على تفويض من أحد أعضائها (العضو المتضرر) لكي تقوم في حقه، طبق قواعد النيابة؛ وبالتالي فما تتحصل عليه من تعويض لا يكون لها وإنما للمقام في حقه (اعتبارا إلى أحكام النيابة).

ولعله من المفيد أن يقع تغيير هذا الموقف، وذلك بالإقرار للجمعيات ذات المصلحة العامة على الأقل، الحق في ممارسة الدعوى الجماعية إلى جانب المتضررين المباشرين، على غرار ما يقره القانون التونسي بالنسبة للنقابات الشغلية (بالفصل 244 من مجلة الشغل)[4]، فيقع إدماج ما تتحصل

(1) L'action collective، في الاصطلاح الفرنسي...

(2) L'action associative، في الاصطلاح الفرنسي...

(3) يقر القانون التونسي الحق في ممارسة الدعوى الجماعية للنقابات، طبقا للفصل 244 من مجلة الشغل، سواء للمطالبة بتعويض أضرارها المباشرة أو حتى غير المباشرة، أي تلك التي تنال أعضاءها من العملة...

(4) لا نعتقد وأنه بإمكان التوسع في أحكام الفصل 244 من مجلة الشغل لفائدة دعوى الجمعيات ولو أنها للمصلحة العامة، حيث أن القياس لا يجوز في إرساء الدعاوى، وهي من الأحكام الإجرائية التي يختص بالبت فيها المشرع، طبقا للفصل 34 من الدستور...

عليه الذات من تعويضات في ذمتها؛ وهذا موقف يبرر بجملة من المعطيات، ومن ذلك:

- إضفاء الفعالية اللازمة على دور الجمعيات بالميادين المعنية بالأمر، حتى لا يقتصر دورها على إرشاد أطرافها فقط؛

- إنشاء مصادر إضافية لتمويلها لاسيما اعتبارا لما تتخبط فيه من الصعوبات...

ولا ينبغي إقرار الحق للجمعية في القيام بالدعوى الجماعية من أن تقع مقاضاتها وتغريمها للمقام عليهم إن هي أساءت أو أفرطت في استعمال حق التقاضي ضد هؤلاء عند قيامها عليهم بالمطالبة[1].

فقرة 2 – صفة المتضرر

سواء كان المتضرر شخصا ماديا أو ذات معنوية، أمكن له أن يقوم بصفته متضرر مباشر (عنصر 1) أو متضرر غير مباشر (عنصر 2)؛ فكيف ذلك؟

عنصر 1 – المتضرر المباشر

هو من تضرر شخصيا من الفعل الضار؛ من أمثلة ذلك مترجل صدمته سيارة، أو شخص تضرر من أجل استهلاك شيء اقتناه شخصيا، إلى غير ذلك من الوضعيات؛ في مثل هذه الحالات، يكون من حق المتضرر القيام مباشرة قصد تعويض ما يناله من أضرار.

وما يشترط في تعويض الأضرار المباشرة أيضا، أن يقع رفع الدعاوى من قبل أصحابها في الآجال المعينة لذلك بمقتضى القانون؛ وتتحدد الهيئة المختصة بالنظر حكميا وترابيا بجملة من الأحكام التي تتضمنها مجلة

(1) حول هذه المسألة، يراجع : : R. et J. Martin « L'action collective », *JCP* 1984, I. 3162 ; F. Caballero : « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, pp. 247 et ss.

المرافعات المدنية والتجارية[1]، إلا أن يكون القيام تبعا لجنحة أو جناية محل تتبع أو محاكمة من المحاكم الجزائية[2]؛كما يراعى في ذلك طبيعة المسؤولية، إن كانت تقصيرية أم تعاقدية[3].

عنصر 2 - المتضرر غير المباشر

هو من تضرر تبعا لضرر نال شخص آخر؛ المعنيون بهذه النوعية من الأضرار الانعكاسية إن صح التعبير، هم الورثة في حوادث النقل، وفي غيرها من الإصابات؛ ويمكن اتساع المصطلح إلى فئات أخرى، ومن ذلك الأبناء (وحتى الضيوف) في الحوادث الاستهلاكية، والشركات (الأم أو البنات) في مجموعة الشركات... فهل يحق لهؤلاء جميعا المطالبة بتعويض ما نال منشئهم[4]من أضرار؟

تعد مسألة الضرر غير المباشر من أعقد ما يعترض بمادة المسؤولية المدنية عامة؛ وربما كان السبب في ذلك اختلاط الأمور: فمن الأضرار ما يطالبه أحد نتيجة ضرر شخصي حصل لمنشئه؛ ومنها ما يطالب به شخص

(1) ترفع دعوى التعويض المدنية، سواء كانت تعاقدية أو تقصيرية المنشأ، فحكميا، أمام محكمة الناحية إن كانت قيمة ما يطالب به أقل من السبعة آلاف دينارا، وأمام المحكمة الابتدائية إن كانت أكثر من ذلك؛ وترابيا، أمام المحكمة التي يقطن بدائرتها المطلوب، أو تلك التي شهدت حصول الفعل الضار في التقصيرية، وأمام المحكمة التي كان ينبغي أن تشهد تنفيذ العقد أو مكان سكنى المدين في التعاقدية. مع التذكير بإمكانية القبول ببنود يقع بمقتضاها تعيين الهيئة المختصة ترابيا، اعتبارا إلى قاعدة مفادها وأن الاختصاص الترابي لا يهم النظام العام، خلافا للاختصاص الحكمي الذي لا يجوز فيه ذلك... وتلك نفس القواعد تنطبق في دعاوى المتضررين غير المباشرين؛ مع مراعاة جملة من الأحكام الأخرى..

(2) إلا أن تكون محاكم استثنائية أو ذات اختصاص معيّن (كمحاكم الأحداث والمحاكم العسكرية) حيث لا يجوز رفع دعوى الحق الشخصي أمامها بمقتضى النصوص المنظمة لها...

(3) الآجال في دعوى التعويض التقصيرية مدنيا: ثلاث سنوات من تاريخ الضرر (الفصل 115 من م إ ع) وهي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد في دعوى التعويض التعاقدية (طبقا للفصل 402 من نفس المجلة)، كل ذلك ما لم يوجد تنصيص مغاير، سواء في المسؤولية التعاقدية أو في نظيرتها التقصيرية...

(4) Auteur، في الاصطلاح الفرنسي...

بصفته يحل محل هذا الأخير... ومن الصورة الأولى ما يطالب به قرين نتيجة وفاة قرينه، وابن نتيجة هلاك أبيه؛ ومن الصورة الثانية ما تمارسه الزوجة أو الابن، تبعا لما نال الزوج أو الأب في قائم حياته من الأضرار؛ فالصورة الأولى ينطبق فيها ما ينطبق على الضرر الشخصي من الأحكام، فهي لا تدخل في إطار ما يعرف بمسألة الضرر غير المباشر؛ حيث أن ما تطالب به الزوجة أو الابن من التعويض له طبيعة شخصية؛ بخلاف الصورة الثانية التي يتولى فيها القائم بالمطالبة بتعويض ما نال منشئه من ضرر بقائم حياته فتشكل ما يعد فعلا ضارا غير مباشر أو انعكاسي[1]؛ وتثار حينئذ إشكالية أساس حق المطالبة، ونطاق ذلك.

فأما من أساس المطالبة بتعويض الضرر غير المباشر فهو القانون من ناحية وهو العقد من أخرى؛ ويؤدي القانون إلى تطويق الحق في بعض الأشخاص ممن يرتبطون مع المتضرر الأصلي بعلاقة قرابة يقرها القانون (أبوة، بنوة، زواج)؛ وأما العقد فيمكن أن يتوسع في فتح باب التعويض إلى بعض الأشخاص ممن لا يرتبطون بعلاقة يقرها القانون؛ ومن أسس ذلك الاشتراط لمصلحة الغير[2]؛

وأما من نطاق تعويض الضرر غير المباشر فيشمل كامل الأضرار الحاصلة للمتضرر غير المباشر، ولو أن ذلك يتجاوز ما ينال المتضرر المباشر من الإصابات.

قسم 2 - الأحكام الخاصة ببعض المتضررين

هي أحكام موضوعية في بعضها، وهي أحكام إجرائية في بعضها الآخر، تنطبق على بعض الفئات المتضررة (فقرة 1)، وفي علاقتها ببعض الأطراف المسؤولة (فقرة 2).

(1) Victime par ricochet ou médiate، في الاصطلاح الفرنسي..

(2) حول هذه المسألة: تراجع Mlle G. Viney « L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale », *Dalloz* 1974, Chron. pp. 3 et ss.

هي – بصفة عامة – الأشخاص الفاقدة أو الناقصة للأهلية، طبقا للفصل 5 بمجلة الالتزامات والعقود، القائل: «الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم. أولا: الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة – ثانيا: الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك – ثالثا: الذوات المعنوية المنزلة منزلة الصغير قانونا»؛ فهؤلاء جميعا يمكنهم القيام بالمطالبة والتعويض، لأجل أضرار حصلت لهم، على أن يكون ذلك بواسطة من يتولى شؤونهم، طبق أحكام النيابة القانونية.

ويلحق بعديمي الأهلية وقاصريها من تقرر إفلاسهم؛ ولكن وضعية هؤلاء تثير تساؤلا حول ما يجوز القيام بمطالبته رأسا من المفلس وما لا يجوز، وما ينزل بذمته من التعويض وما لا يُنزَل... الفصل في هذه المسائل يقتضي التمييز بين ما إذا كان ما يطالب بتعويضه المفلس أساسه شخصي أم لا؛ وفعلا من الأضرار ما لا تتوفر فيه الصبغة الشخصية لهذا الأخير، ومن ذلك القيام بتعويض ما ينال مؤسسته بسبب عدم تولي أحد معاقديها تنفيذ ما التزم به تجاهها، فمثل هذه الأضرار ليست لها صفة الأضرار الشخصية بالنسبة لصاحب المؤسسة، وحق المطالبة فيها يكون من قبل نائب المفلس، وما يصرف من تعويض يستفيد به كافة دائنوه؛ أما ما يطالب بتعويضه المفلس بناء على أضرار شخصية بحتة، كضرر طلاق مثلا، أو تعويض أضرار (معنوية) في حادث مرور، فإن حق المطالبة بها يكون له (ولورثته من بعده) دون سواه، وما يصرف من مبالغ تعويض ينزل بذمته لا بذمم سواه..[1]

(1) ولكن لا مانع من أن يقوم أحدهم بإجراءات خاصة غايتها عقلة ما صرف للمفلس من الأموال، باتباع إجراءات العقلة التوقيفية

فقرة 2 – الأطراف المسؤولة

تخضع بعض دعاوى التعويض في المسؤولية المدنية بنوعيها إلى أحكام خاصة، متى كانت الجهة المسؤولة هيئة عمومية؛ فالقيام بجبر ما حصل لموظف نتيجة طرد غير مشروع يكون أمام المحكمة الإدارية؛ وكذا الشأن في الدعاوى المقام بها ضد البلديات، حيث يقتضي قانونها أن يوجه المتضرر مكتوبا للولاية قصد إعلامها بمشروع القيام القضائي ومطالبتها بالتدخل عند الاقتضاء[1].

(1) حول هذه المسائل تراجع مؤلفات المنازعات الإدارية

فصل 2

ثابتة السببيـــــــة

السببية ثاني ثوابت المسؤولية المدنية ـ تقصيرية كانت أم تعاقدية[1]ـ، حيث لا تعويض بدونها[2]، وهو ما يوجب على المدعي إثباتها[3]؛ إلا أن تقتضى قرينة سببية في الوضعية، كما هي الحال في المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96 من م ا ع[4] كما سوف نرى.

والمقصود بالسببية علاقة بين الضرر من جهة، والسبب الضار من جهة أخرى[5]، وهو ما يتطلب تحديد العلاقة المذكورة بما يترتب عنه تعيين الطرف المطالب بالتعويض (مبحث 1).

ومتى وقع الاستقرار على سبب المضرة وتعيّنت الجهة المطالبة بجبر تداعياتها، جاز التساؤل عن الإمكانية المتاحة لهذه الأخيرة في التفصّي

---

(1) وقع الاهتمام بالسببية من الفقهاء مبكرا، مقارنة بمسائل أخرى بالمسؤولية، ومما ألف في ذلك منذ أواخر القرن التاسع عشر بفرنسا: R. Barrot et B. Nicourt, *Le lien de causalité*, Masson 1896.

(2) قُضي: « La responsabilité prévue par l'article 1382 (du code civil français) suppose un rapport de causalité certain entre la faute et le dommage » (Civ. 2ème, 27 oct. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, 169, note Planqueel).

(3) غالبا ما يعتمد في ذلك على الاختبارات؛ قُضي: «وحيث ثبت من تقرير الخبير ... أن تسرب المياه من محطة التطهير التابعة للمطلوبة وركودها بأرض المدعين قد ألحقت أضرارا بمزروعات العارضين تتمثل في تلف 2178 شجرة ... (تعويض)»، ابتدائية تونس عدد 82372، مؤرخ في 1994-2-5 (غير منشور).

(4) تلك وضعية الحالات الموجبة لمسئولية الفصل 96 من م ا ع (من تطبيقات ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 44837 لسنة 2009 الصادر بتاريخ 19 فيفري 2011 - غير منشور بعد -؛ وتتمثل وقائع القرار المذكور في غرق شخص بمسبح وقيام ورثته على مؤمن مالكه بالتعويض على أساس الفصل 96 من م ا ع؛ وقد أصدرت محاكم الموضوع حكمها بعدم سماع الدعوى بناء على انتفاء العلاقة السببية؛ وقضت محكمة التعقيب بالنقض بناء على قرينة السببية).

(5) حول أهمية السببية عموما، يراجع: G. Marty « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1939, pp. 685 et ss.

تعمات، ذلك أو لا، وتلك مسألة يمكن دراستها فيما يعرف بدرء السببية (مبحث 2).

مبحث 1
تحديد السببية

تختلف الإشكاليات في هذا الصدد بين ما إذا كان سبب الضرر وحيدا (قسم 1) أو متعددا (قسم 2).

قسم 1 – السبب الوحيد

هناك أحكام خاصة تنطبق في حالات تتعددفيها الأشخاص المتدخلة في إحداث الضرر (فقرة 1) وشروط في اعتبار ظرف ما كسبب موجب للتعويض (فقرة 2).

فقرة 1 – الأحكام الخاصة بتعدد الفاعلين

يمكن للسبب الضارّأن يكون من فعل شخص واحد (عنصر 1) أو من فعل عدة أشخاص (عنصر 2).

عنصر 1 – السبب الضارّ من فعل شخص واحد

يستوجب تحديد المسؤول من المدعي هنا أن يعين الشخص الفاعل، وهو عمل لا يخلو من الخطورة، حيث من الممكن أن يجاريه – أو لا يجاريه – في ذلك القاضي؛ فمن يصاب في حادث سير، يتوجب عليه أن يعين المسؤول عن إصابته[1]؛ ومن يقوم على ملوث لمزروعاته، يتوجب عليه أن يعين المسؤول عن واقعة التلويث؛ فعلى المدعي في كل حالة أن

(1) حول إشكالات تحديد الفاعل الواحد ضمن مجموعة: H. Aberkane, « Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *RTD civ.* 1958, pp. 516 et ss.

يثبت السببية ومنشأها[1]؛ وله أن يعتمد في ذلك على جميع الوسائل[2]؛ ولا يُعفى من ذلك، إلا في حالات يأخذ فيها النص القانوني أو فقه القضاء بآلية قرينة المسؤولية (في المسؤولية الشيئية[3]) أو قرينة الخطأ (في المسؤوليات عن فعل الغير التي تخفي في الواقع مسؤوليات شخصية[4])؛ مع الإبقاء في

(1) طبقا للقواعد العامة للإثبات القائلة بأن إثبات الالتزام على القائم بالدعوى، وأن من يعجز عن ذلك يتحمل النتائج؛ قُضي: « Dès lors que les juges du fond ont constaté que l'étiologie de la sclérose en plaques est inconnue et que ni les expertises ni les études scientifiques ne concluent à l'existence d'une association entre la vaccination et la maladie, le lien de causalité entre l'une et l'autre ne pouvait être établi » (Civ. 1ère, 23 sept. 2003, *Bull. civ. I, n° 188*, Rapport annuel de la Cour de cassation -française-, p. 458 ; *D. 2004. 898*, note Serinet et Mislawski ; *Ibid.* Somm. 1344, obs. *D.* Mazeaud ; *JCP 2003.* II. 10179, note Jonquet, Maillols, Minguy et Terrier ; *Ibid. 2004*, I, 101, n° 23 et ss., obs. Viney ; *JCP (éd. Entreprise) 2003.* 1749, note Mistretta et Faict)

(2) غالبا ما يعتمد في ذلك على أهل الخبرة. ولنا تطبيقات في ذلك بقضايا التعويض المقام بها ضد الشركة التونسية لتوزيع واستغلال المياه والديوان الوطني للتطهير، فيكلف الخبراء بتحليل المواد، فإذا ما تضمنت فضلات مياه مستعملة عين الديوان كمسئول، وإذا خلت من ذلك عينت شركة المياه كمسئولة.

(3) وكذا الأمر في مسؤولية الإدارة عن المنشآة الخطرة المبنية على قرينة السببية: قُضيَ «تعد الخطوط الكهربائية من المنشآت الخطرة التي يمكن أن ينتج عن وجودها خطر من شأنه أن يتسبب في أضرار غير عادية بالنسبة لمستعمليها أو للغير، مما تكون معه مسؤولية الشركة التي ترجع لها تلك المنشآت الخطرة عن الأضرار الناتجة عنها مسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ، بل تجد أساسها في فكرة المخاطر ويكفي لقيامها إثبات الضرر وقيام العلاقة السببية المباشرة بينه وبين المنشأة الخطرة، ولا تعفى منها إلا إذا كان مرد ذلك الضرر خطأ المتضرر أو وجود قوة قاهرة» (فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 273).

(4) وكذا الأمر في مسؤولية المؤسسات العمومية الاستشفائية المبنية على قرينة الخطأ: قُضي «مسؤولية المرفق الصحي هي مسؤولية مبنية على قرينة الخطأ وهي قائمة كلما ثبت حصول ضرر للمريض لا يتناسب مع السبب الذي دخل من أجله المؤسسة الصحية للعلاج كلما تبيّنت العلاقة السببية بين الضرر والعلاج الذي تلقاه دون أن يكون على المتضرر إثبات خطأ في جانب الإدارة وأن هذه الأخيرة لا تعفى من المسؤولية إلا بإثبات قيامها ببذل العناية الكافية بالمريض واتخاذها جميع الاحتياطات اللازمة لتجنب كل ما من شأنه تعكير السير العادي للعلاج أو إذا ثبت أن الضرر مردّه وجود قوّة قاهرة أو أمر طارئ أو خطأ يتسبب فيه المتضرر» (قرار استئنافي إداري في القضيتين عدد 25679 وعدد 25698 مؤرخ في 16 أفريل 2008، المرجع أعلاه، ص 237)؛ مثله القرار الاستئنافي الإداري في القضية عدد 26120 مؤرخ في 22 ماي 2008، نفس المرجع، ص 244؛ وكذا الأمر في مسؤولية الإدارة عن المنشآت العمومية المبنية على قرينة الخطأ: قُضيَ «تقوم مسؤولية الإدارة عن المنشآت العمومية التي في تصرفها وفي عهدتها على قرينة الخطأ التي يكفي

جميع الحالات على تمكين المسؤول من التفصي من تبعات السببية بإثبات الأمر المعاكس، طبقا لما تقتضيه قواعد الإثبات[1].

عنصر 2 – السبب من فعل عدة أشخاص

قد يكون السبب المنشئ للمضرة من فعل عدة أشخاص؛ وتختلف الوضعية هنا بين ما إذا كان من الممكن تعيين هذه الأشخاص أو لا؛ ومن الصورة الأولى أن ينسب الضرر إلى أكثر من جهة، كأن يكون السبب في ذلك مياه، بعضها نقي يعود بالمسؤولية إلى شركة التزويد بالمياه، وبعضها ملوث يعود بالمسؤولية إلى الديوان الوطني للتطهير[2]، فيتولى القاضي

لانعقادها ثبوت ضرر وعلاقة سببية بين ذلك الضرر والمنشأة العمومية ولا يمكن إعفاء الإدارة منها سواء كليا أو جزئيا إلا إذا أقامت الدليل على أنها قامت بكل ما من شأنه تفادي الضرر أو إذا ثبت أن مردّه كان أمرا طارئا أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر أو الغير» (قرار استئنافي إداري عدد 25988 مؤرخ في 27 مارس 2008، نفس المرجع، ص 260).

(1) يقع تطبيق نظرية قرينة المسؤولية في المسؤولية الإدارية ببعض الميادين، خاصة ميدان المفرقعات، حيث قُضيَ بعديد القضايا بإلزام وزارة الدفاع بتعويض ما حصل من ذلك من أضرار بالمواطنين، وخاصة الأطفال منهم؛ قُضيَ «وحيث استقر فقه قضاء هذه المحكمة (الإدارية) على اعتبار أن مصالح وزارة الدفاع الوطني تسأل عن كل تقصير في تطهير المناطق غير العسكرية المفتوحة لجولان العموم من كل القذائف والمفرقعات المتوقع وجودها وتبقى الإدارة تتحمل المسؤولية كاملة بسبب عدم اتخاذها للتدابير الواجبة لتفادي تلك المخاطر ضرورة أن وجود هذه المفرقعات بمثل تلك الأماكن التي مرت بها القوات العسكرية الأجنبية إبان الحرب العالمية الثانية هو أمر شديد الاحتمال ولأنه كان بوسع الإدارة اتخاذ التدابير الكفيلة بدرء المخاطر عن المواطنين» (قرار تعقيبي إداري عدد 37564 مؤرخ في 11 فيفري 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 439).

(2) قُضي: «إذا توفي حريف بنزل وتبين أن وفاته كانت بسبب انتشار الغاز الذي ينام به. كما تبين أن هذا الانتشار ناشئ عن أمرين أحدهما ينسب لصاحب النزل وهو فقدان السيفون من دورة المياه؛ وثانيهما ينسب لشركة الكهرباء والغاز وهو ثقب قناة الغاز لذلك كانت المسؤولية مشتركة بين الاثنين» (قرار تعقيبي مدني عدد 10578 مؤرخ في 7 نوفمبر 1974، نشرية م ت لسنة 1974، قسم مدني، جزء 3، ص 56)؛ وقُضي في نزاع إداري: «طالما أنه ثابت من معطيات القضية أن العمود الكهربائي المتسبب في حصول الحادث هو على ملك بلدية منزل كامل وأن الشركة التونسية للكهرباء والغاز هي المكلفة بتوليد ونقل واستعمال الطاقة الكهربائية في كامل أنحاء البلاد وطالما ثبت من الملف أن كلا منهما قصر في واجب صيانة العمود المكهرب، فإنه يتجه القضاء بحمل المسؤولية بينهما» (استئناف

تجزئة المسؤولية والتعويض بحسب مساهمة كل طرف في المضرة[1]؛ ومن الصورة الثانية التي تتعدد فيها الجهات المتسببة في إحداث الضرر أن يتعذر تعيين الفاعل بذاته، فيتولى القاضي الحكم على أحدهم أو عليهم جميعا متضامنين في التعويض[2]؛ وغالبا ما تتوافق الصورة الأخيرة في الذكر مع تظاهرات جماعية يترتب عنها ضرر بأحد المتدخلين أو بالغير؛ وقد تكون هذه التظاهرات مشروعة (مباريات رياضية أو تظاهرات ثقافية تحصل فيها أضرار بالمتفرجين)، أو غير مشروعة (مظاهرات جماعية تسفر عن تحطيم منشآت[3])، فيتوجب على الجهات المنظمة أن تعوض للمتضررين ما لحقهم من ضرر[4].

محكمة إدارية، عدد 22464، مؤرخ في 15 جويلية 1999 ـ الشركة التونسية للكهرباء والغاز ضد ورثة ساسية قميرة، مجموعة قرارات المحكمة الإدارية لسنة 1999، ص 477 وما بعد)؛ مثله القرار الاستئنافي الإداري عدد 26062، مؤرخ في 24 جانفي 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش بالتعاون مع المحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 256.

(1) قُضي: «إن توزيع المسؤولية المدنية بين المتضرر والمتهم موكول لاجتهاد المحكمة تقدره حسبما تجمع لديها من الأدلة» (قرار ت م عدد 8370 مؤرخ في 12 نوفمبر 1973، نشرية م ت لسنة 1973، قسم مدني، ص 82).

(2) قُضيَ «في صورة تعدد المتسببين في المضرّة يحق للمتضرر القيام على أحدهم أو عليهم جميعا متضامنين» (قرار استئنافي إداري عدد 25679 وعدد 25698 مؤرخ في 16 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 237).

(3) حول تعدد الفاعلين، يراجع: P. Raynaud, « La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation *in solidum* ou solidarité ? » *Mélanges Vincent*, pp. 317 et ss.

(4) قُضي: «وحيث أن بلدية باجة باعتبارها مالكة للملعب هي بدورها مسؤولة عن وقوع الحادث باعتبار أنه من واجبها تعهده بالصيانة والعناية بما في ذلك رفع كل ما من شأنه أن يشكل خطرا على الجماهير كتأمين خروجهم من الملعب وذلك بالعمل على توسيع المنافذ المخصصة لذلك؛ وحيث يستخلص مما سبق بيانه أن المسؤولية عن الحوادث التي تقع داخل الملاعب الرياضية مشتركة حسب الحالة بين جميع الأطراف المعنية بتنظيم المقابلات الرياضية من جمعيات رياضية وجامعة وبلدية ووزارة الداخلية والتنمية المحلية والوزارة المكلفة بالرياضة» (قرار استئنافي إداري عدد 25974 مؤرخ في 31 ديسمبر 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش بالتعاون مع المحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 309).

وسواء تعلق الأمر بضرر منشؤه فرد واحد أو أكثر، وجب أن تتوفر في ذلك السبب جملة من الشروط حتى يكون موجبا للتعويض.

فقرة 2 – شروط اعتبار الظرف كسبب موجب للتعويض

لكي يعد ظرف ما كسبب موجب للتعويض، يشترط فيه أن يكون واقعيا (عنصر 1)، وأن يكون فعالا (عنصر 2).

عنصر 1 – شرط الواقعية

من الأسباب ما له صبغة مثالية بحتة؛ ومن ذلك تحميل الشراهة نتيجة الأضرار اللاحقة بالبشرية جمعاء، والأنانية نتائج الوضعيات غير العادلة... والوالدين نتيجة ما تأتيه أبناؤهم من سلوكيات طيش واضحة...

فلا تقتضي الواقعية أن يعتبر السبب طبقا للاعتبارات الأخلاقية كما هي الحال في الأمثلة السابقة، وإنما بحسب منطق المقتضيات القانونية: ومن ذلك أن يكون زيدا قد تولى إفراغ مواد سامة أضرت بجيرانه، أو أن يكون عمرو قد أراد إفساد سمعة زميل له بمعلومات كاذبة، أو أن فلانا قد سار بسرعة فقد معها التحكم في مطيته فأصاب بها غيره بالطريق...؛ كل ذلك طبقا لمعايير يعينها القانون للغرض...

عنصر 2 – شرط الفعالية

يقتضي شرط الفعالية أن يكون للسبب المعتبر دور إيجابي في حصول الضرر[1]؛ وهو ما له فائدة على الأقل. وهي أن لا يقع الرجوع إلى ما لا نهاية في اعتبار سلسلة الأسباب المنشئة للضرر، وأن يُكتفى في ذلك بما له تدخل

(1) قضي بأنه إذا وقع بتر رجل مريض من أجل تعفنها واختلف في مسألة هل أن التعفن كان ناشئا عن عدم عناية الطبيب بالمريض أم لا، وجب على المحكمة قبل الحكم بمسؤولية الطبيب أن تثبت أن التعفن المفضي للبتر ناشئ عن هذا الإهمال» (تعقيبي مدني عدد 9446، مؤرخ في 12 ديسمبر 1975، نشريه م ت لسنة 1975، قسم مدني)

معقول في إنشائه[1]؛ وتبقى المسألة مرتبطة – إلى حد بعيد – بما يعتمد من الحلول في تعدد الأسباب أيضا.

قسم 2 – تعدد الأسباب

قد تتعدد الأسباب المنشئة لنفس الضرر[2]؛ فيحصل التساؤل عما يتوجب اعتماده منها لتعيين المسؤول[3]؛ يمكن، إجابة على هذا التساؤل، أن يقع الرجوع إلى ما صاغه الفقه من حلول للغرض (فقرة 1)؛ ويبقى التردد ممكنا حول موقف فقه القضاء من كل ذلك (فقرة 2)؟

فقرة 1 – الحلول الفقهية

عديدة هي الحلول التي صيغت من قبل الفقهاء لحل إشكالية السببية؛ ويمكن التأليف في ذلك اعتمادا على جملة من المعايير؛ البعض منها له صبغة زمنية (عنصر 1)، والبعض الآخر منها له صبغة موضوعية (عنصر 2)

(1) ومرة أخرى، تكون للأمثلة فائدة في توضيح هذا الإشكال: لنفترض وأن مربي أبقار أفلس بسبب هلاك قطيعه، نتيجة تأخره عن إبعاد بقرة مصابة بأغذية – اشتراها من أحد المزودين – عن قطيعه، بعد أن تلكأ بيطري في مداواتها... فأي معطى يقع التوقف عنده في سلسلة الأسباب المؤدية للإفلاس: هل شراء الأغذية المسمومة، أم التلكؤ في مداواة البقرة، أم التأخر في عزل هذه عن نظيراتها بالقطيع؟؟؟ تبدو كافة الأسباب متداخلة في ضرر الإفلاس؛ ولكن البعض منها أكثر فعالية من الآخر في ذلك؛ وربما كان أهم سبب منها شراء الأغذية المسمومة؛ فهو ما يجعل تبعة التعويض التزاما على بائع الأغذية

(2) وربما كان المثال التالي حريا بتوضيح ذلك: لنفترض وأن ضررا حصل لسائق سيارة بارتطامه مع سيارة أخرى كانت راسية على الطريق؛ ولنفترض وأن سائقنا كان منشغلا عن سياقة عربته بأمر في الطريق (فتاة جميلة بصدد شق المعبد)؛ ولنفترض وأنه انتبه للأمر المذكور في آخر لحظة، فرام إيقاف سيارته؛ ولنفترض وأن هنالك من الحصى المتناثر بالمكان ما جعل سيارته تنزلق وترتطم بعربة أخرى راسية بمكان يمنع فيه التوقف أو الوقوف؛ ولنفترض وأن السائق المتضرر قد استفحل ضرره بسبب تأخر أعوان النجدة عن المجيء إلى مكان الحادث أو بسبب انصرافهم لقضاء شؤون خاصة بهم أو بسبب تواجدهم في حادث طريق أخرى... إلى غير ذلك من الأسباب التي لا تحصى، فما هو السبب الذي يؤخذ به في مثل هذه الوضعيات؟

(3) حول تعدد الأسباب: يراجع: F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, Thèse Paris, 1965 ; B. Starck, « La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile », *JCP* 1970, I, 239

يأخذ إحداها بالسبب الأول[1] ويعتمد في سلسلة الأسباب على فاتحها زمنيا؛ ويأخذ إحداها بآخرها في التسلسل الزمني أيضا؛ ويعرف بالسبب الأخير[2].

ومع ما تشكله المعايير الزمنية من الفائدة في حل معضلة السببية، فإن تطبيقها لا يخلو من الصعوبات[3]؛ وما يوجه للسبب الأول من الانتقادات يمكن أن يوجه إلى السبب الأخير كذلك؛ فكلاهما يمكن له أن يستقر على معطى قد لا يتحمل وجها في حصول الضرر؛ وهو ما يوحي بهشاشة المعايير المذكورة في تحديد السببية وفي تعيين المطالب بالتعويض لأجلها، وما يدعم الجدوى من معايير أخرى صاغها الفقه لنفس الغرض، لها صبغة موضوعية هذه المرة.

عنصر 2 – المعايير الموضوعية

أسميناها كذلك لكونها لا تعتبر بالزمن، وإنما بالأحداث أو الأوضاع التي تعدّ السبب في إحداث المضرة؛ ويمكن اختزالها في معيارين أساسا: أحدها يأخذ بتكافؤ الأسباب (أ) والآخر بالسبب المنتج أو المنشئ (ب).

أ) تكافؤ الأسباب

يأخذ هذا المعيار[4]، عند تحديده للسببية بكافة الأسباب، معتبرا كلا منها منشئا للضرر بنفس الدرجة[5].

(1) Première cause، في اللغة الفرنسية.

(2) Dernière cause، في اللغة الفرنسية.

(3) فما هو السبب الأول أو السبب الأخير في مثالنا أعلاه؟ هل السيارة الراسية على قارعة الطريق؟ أم تناثر الحصى؟ أم العطب في فرامل السيارة؟؟؟

(4) Équivalence des conditions، في اللغة الفرنسية.

(5) قُضي: «... Dès lors que plusieurs causes produites successivement ont été les conditions nécessaires du dommage, toutes sont les causes, de la première à la dernière » (Paris 7 juill. 1989, *Gaz. Pal. 1989*, 2, 752, concl. Pichot -au sujet de la contamination par le virus du SIDA à la suite d'une transfusion lors d'une intervention chirurgicale faisant suite à un accident de la circulation- ; responsabilité de l'auteur de l'accident).

ومن نتائج الأخذ بمعيار التكافئ هذا، توزيع عبء التعويض على عديد المسؤولين، بالتساوي بينهم أحيانا، وبتعديل ذلك - اعتمادا على أهمية كل سبب في وقوع الضرر -، أحيانا أخرى[1]؛ غير أن ما يلاحظ بالنظرية المذكورة، وأنها لا تمكن من حل إشكالية السببية بقدر ما تؤجل البت فيها، حيث لا تحول من أن يتولى المحكوم عليهم القيام - لاحقا - على بعضهم البعض قصد تحميله عبء التعويض في النهاية[2]؛ وهو ما يدعم الفائدة من نظرية تعتمد معيارا يكون أنجع في فصل إشكالات السببية.

(1) يعد مسؤولا في مثالنا أعلاه، مالك السيارة والمتسبب في نثر الحصى بالطريق وصانع السيارة ومتعهد فراملها وسائق السيارة الراسية، بل وحتى الفتاة، متى كانت هيئتها غير عادية؛ عد من قبيل الأسباب المتكافئة في إحداث الضرر والذي مكن من القيام على المالك المتهاون في حراسة سيارة يسر في سرقتها والتسبب في حادث بشأنها (Civ. 2ème, 20 déc. 1972, *JCP* 1973, II, 17541, note Dejean de la Bâtie)؛ والقيام على سائق سيارة تسبب في حادث مرور ضار بشخص أقدم على الانتحار (Crim. 14 janv. 1971, *Dalloz* 1971, jurisp. p. 61, note Robert)؛ والقيام على سائق سيارة في حادث ألجأ المتضرر إلى إغاثته بدم ملوث بجرثومة السيدا (Versailles 1ère, 30 mars 1989, *JCP* 1990, II, 21505, observ. Dorsner-Dolivet ; Civ. 1ère 4 déc. 2001, *JCP* 2002, I, 10198, note (); Gout ; *Dalloz* 2002, jurisp. p. 3044, note M.-C. de Lambertye-Autrand ; *Gaz. Pal.* 2002, I, p. 394, note C. Caseau-Roche, *Resp. civ. et assur.* 2002, Comm. n° 126, observ. H. Groutel ; *RTD civ.* 2002, p. 308 observ. Jourdain ; *JCP* 2002, I, 186, observ. Viney).

(2) قُضيَ: «إن البلدية هي المالكة للعمود الكهربائي بوصفه منشأة عمومية موطنه للإنارة بالطريق العام بحكم إقامته في ملك عمومي بلدي وهي مسؤولة عن صيانته وحفظه مما يتجه معه إقرار مسؤوليتها عن كل الأضرار الناشئة عنه، على أنه يسوغ لها أن ترجع بالدرك على الشركة التونسية للكهرباء والغاز في صورة توفقها إلى إثبات أنها تتحمل كامل مسؤولية الحادث أو جزء منها» (ورثة محمد/ بلدية برج العامري والمتداخلة الشركة التونسية للكهرباء والغاز: حكم ابتدائي صادر في القضية عدد 1/ 13848 بتاريخ 6 جانفي 2007؛ فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات مجمع الأطرش بالتعاون مع المحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 69)؛ مثله القرار التعقيبي الإداري عدد 3639 مؤرخ في 28 ماي 2007، نفس المرجع، ص 378؛ وحول تعدد الفاعلين والدعاوى اللاحقة بعد الحكم على أحدهم، يراجع: H. Groutel, « Le recours entre coauteurs (suite et fin) », *D.* 1992, Chron. p. 19.

ب) السبب المنتج

يأخذ هذا المعيار[1] في تحديد المطالب بالتعويض، بالسبب الذي لولاه ما كان للضرر أن يقع؛ ويتطلب ذلك من القاضي المتعهد بالنزاع، أن يبحث في كافة الأسباب وأن يعين ما يكون منها منتجا للضرر وما لا يكون[2]؛ ولكن تطبيق معيار السبب المنتج هذا لا يخلو من الاجتهاد، بل وحتى من الاعتباطية في تعيين الجهة المسؤولة هو الآخر[3]؛ وكل ذلك يدعم ما قيل سابقا من أن السببية هي من معضلات المسؤولية المدنية[4]؛ وهو ما يتأيد من المواقف القضائية للخروج من مآزقها.

فقرة 2 - المواقف القضائية

من الصعب الجزم، في حل إشكالات السببية، بانتصار القضاء لحل أو لآخر؛ المسألة هي مما يبت فيه المدعي باختياره لمن يوجه عليه دعواه، فيصادقه القاضي على ذلك بالحكم له بالتعويض أو لا.

ومن المدعين من تجده يجتهد في تلافي الأمر بداية، فيتولى القيام من الوهلة الأولى على كافة المتداخلين، تاركا الأمر للقاضي لكي يعيّن الجهة المسؤولة في الضرر والمطالبة بالتعويض؛ ثم وحتى في هذه الحالة، لا نجد موقفا بذاته، حيث يتحاشى القضاء التقيد بنظرية معينة للخروج من إشكالات السببية.

---

(1) Condition sine qua non في اللغة الفرنسية.

(2) وهو ما يمكن له أن ينطبق في مثالنا أعلاه على سائق السيارة نفسه الذي قصر في الاهتمام بالطريق، فيحرمه ذلك من التعويض اعتمادا على قاعدة أخرى: اعتبار خطأ الضحية في التعويض.

(3) ومرة أخرى، يمكن للمثال المقدم أعلاه أن يدعم ذلك: فلِمَ يقع الأخذ بتقصير سائق السيارة ولا يقع الأخذ بخطأ صانعها أو متعهد فرامِلها أو حتى ناثر الحصى والذين لولاهم جميعا ما كان للحادث أن يقع؟؟؟

(4) حول إشكاليات السببية مجملا، يراجع: F. Chabas, « Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal ». Dalloz. 1970. Chron. p. 113 ; P. Esmein « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité ». Dalloz 1964, Chron. pp. 205 et s.

معنى ذلك وأنه لا يستبعد أن يتأثر القضاة في إصدار أحكامهم بجملة من المعطيات، ومن ذلك ميل في توجيه المسؤولية على جهة مالية (شركة تأمين) أكثر منه على جهة معدمة، أو توجيهه على جهة مخطئة أكثر منه على جهة غير مخطئة[1].

وربما مال القضاء عموما، في حل إشكاليات السببية، إلى نظرية السبب المنتج[2]، مع شيء من الاجتهاد في تحديد ما يعدّ - وما لا يعدّ - من هذا القبيل[3]، واعتبار محاكم القانون وأن مسألة تحديد السببية إنما تعود بالنظر إلى قضاء الأصل شريطة التعليل المقبول قانونا[4].

---

(1) قُضي «بكون إعراض المحكمة عن الأخذ بنتائج الحادث الذي تعرض له المعقب ضده وترجيحها لمسؤولية الجهة المعقبة المؤسسة على خطئها المفترض في طريقه ضرورة أن في ذلك إعمال لنظرية السبب الأقوى التي تقوم على الوقوف عند السبب المحدد الذي كان الضرر ناتجا عنه دون الالتفات إلى بقية الأسباب» (فقه قضاء المحكمة الإدارية، تعقيبي عدد 33176، مؤرخ في 19 ديسمبر 2001، مجموعة قرارات 2007، ص 238)؛ وقُضي (في فرنسا) « La responsabilité civile s'encourt dès que le dommage allégué se trouve lié à la faute établie par un rapport de causalité adéquate ; un tel rapport existe lorsque la faute a constitué le facteur qui, parmi ceux en cause, a joué un rôle véritablement perturbateur, ne laissant aux autres, même lorsqu'ils ont faiblement concouru au dommage, qu'un caractère secondaire » (Versailles, 30 mars 1989, *JCP 1990*, II 21505, note Dorsner-Dolivet ; *RTD civ. 1992*, 117, obs. Jourdain -au sujet de la contamination par le virus du SIDA à la suite des transfusions lors d'interventions chirurgicales rendues nécessaires par des fautes médicales antérieures : responsabilité du médecin auteur de la faute).

(2) قُضي: «في حالة تعدد الخطأ بتعدّد أطرافه واستيعاب أحد النوعين منه لما عداه فلا مندوحة في مجال الموازنة بشأن تحديد المسؤولية من اتباع نظرية الخطأ المنتج القائمة على أساس مؤداه اندراج الخطأ المتبع فيما كان مرجعا له وسببا لانبعاثه ونتيجة حتمية من نتائجه» (قرار استئنافي مدني عدد 47638، ق ت عدد 10 لسنة 1968، ص 75).

(3) قُضيَ: «في حالة تعدد الخطأ بتعدد أطرافه واستيعاب أحد النوعين منه لما عداه واستتباعه له فلا مندوحة في مجال الموازنة بشأن تحديد المسؤولية من اتباع نظرية الخطأ المنتج القائمة على أساس مؤداه اندراج الخطأ المتبع فيما كان مرجعا له وسببا لانبعاثه ونتيجة حتمية من نتائجه» (استئناف تونس، عدد 47638، مؤرخ في 30 أكتوبر 1967؛ ق ت لسنة 1968، عدد 10، ص 75-638)؛ وقُضيَ «... عدم لبس الخوذة وإن كان مخالفة في حد ذاته بالنسبة لراكبي الدراجات النارية غير أنه ليس له اعتبار في ضبط مسؤولية الحادث الذي تسببت فيه وسيلة النقل لتعذر حيلولة لبس الخوذة دون حصوله» (ابتدائي مدني عدد 2426، مؤرخ في 8 ديسمبر 1980؛ ق ت لسنة 1982، عدد 9، ص 135).

(4) قُضيَ: «... لمحكمة الموضوع استخلاص العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بشرط أن

مبحث 2

درء السببية

درء السببية - ويقال أيضا ردها أو دفعها -، وكلها معان تفيد وأن السببية لا تشكل أمرا حتميّا، إذ يمكن لمن عينته كمسؤول أن يردها، فيتفصّى بذلك من التعويض كليا أو جزئيا؛ ويكون ذلك بجملة من **الأسباب**، البعض منها تغلب عليه الطبيعة الموضوعية (قسم 1) والبعض الآخر تغلب عليه الطبيعة الذاتية (قسم 2).

قسم 1 - أسباب الدرء الموضوعية

تتعدد أسباب الدرء الموضوعية، فيستوجب ذلك **تحديدها (فقرة 1)**؛ ويخضع جميعها، في ترتيب نتيجة الإعفاء من التعويض، **لجملة من الشروط** (فقرة 2).

فقرة 1 - تحديد أسباب الدرء الموضوعية

هي، مبدئيا، **السبب الخارجي (عنصر 1)**؟ وما يثار في عملية تحديد الأسباب المعفية من التعويض إن كان من المتجه التوقف عما اعتمده المشرع للغرض، أم أنه بالإمكان التوسع في ذلك إلى أسباب درء أخرى، وهو تساؤل يطرح بالنسبة **لحالة الضرورة** خاصة (عنصر 2).

يكون ذلك الاستخلاص سائغا وله دليل ثابت» (قرار تعقيبي مدني عدد 69533 مؤرخ في 5 نوفمبر 1999، نشرية م ت لسنة 1999، قسم مدني، جزء 1، ص 188)؛ **وقُضي (في تونس)** «إن حادث الطريق المتولد عن المجاوزة المحظورة ولو مع انغلاق العجلة يوجب غرم الضرر بقدر ما تقدره محكمة الأصل من ظروف الحادث دون رقابة عليها في ذلك من طرف التعقيب وبذلك فإن الحكم الصادر على شركة التأمين بذلك التعويض لا مطعن فيه» (قرار تعقيبي مدني عدد 4741، مؤرخ في 30 ديسمبر 1981، نشرية م ت لسنة 1981، قسم مدني، ص 320)؛

عنصر 1 - السبب الخارجي(1)

يقصد بالسبب الخارجي معطى لا طائل للمطالب بالتعويض على وقوعه؛ كالقوة القاهرة(2) والأمر الطارئ(3)، والفيضانات والزلازل والانزلاقات وغيرها من سائر الظروف الطبيعية(4)؛ وهناك من يضيف أمورا خارجية أخرى هي من فعل البشر لا محالة، ولكن ما لا طائلة لهؤلاء على تفادي تبعاتها(5)، ومن ذلك الحرب والاجتياح الخارجي والثورة والإضراب والاعتصام، وقرارات السلطة والتي يصطلح عليها بفعل الأمير(6): كأن يطالب أحدهم بتعويض أضرار بسبب التأخير في تنفيذ مشروع، فيدفع بقرارات السلطة (المتمثلة في إيقاف ترويج مادة، أو تسبيق أمر تسويقها للخارج عن التداول فيها داخل البلاد)...

ويشكل السبب الخارجي - متى توفرت فيه شروطه - ظرفا مقصيا للسببية والتعويض(7)؛ وذاك الشأن بالنظام القانوني التونسي، سواء بالفصل 104

---

(1) La cause étrangère، في اللغة الفرنسية.

(2) La force majeure، في اللغة الفرنسية.

(3) Cas fortuit، في اللغة الفرنسية.

(4) حول هذه المفاهيم، يراجع: محمد الحبيب الشريف. «هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ»، ق ت لسنة 1987، عدد 7، ص 11 وما بعد؛ نفس المؤلف. «حول الدفع بالقوة القاهرة في حوادث المرور»، ق ت لسنة 1992، عدد 5.

(5) قُضيَ: «... القوة القاهرة هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه، كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وتلف أمطار وزوابع...» (تعقيبي مدني عدد 65643، مؤرخ في 10 جوان 1999، نشرية م ت 1999، مدني، 2، ص 74)؛ وقُضيَ: «القوة القاهرة تتمثل غالبا في الحوادث الطبيعية التي لا يمكن للإنسان التخلص منها مهما استعمل من حيطة ومهارة؛ (وبالتالي فـ) انزلاق السيارة ليس من الحوادث الطبيعية أساسا إذ يمكن التخلص منه باستعمال الاحتياطات اللازمة وإن وقع بقوة قاهرة فعلى المحكمة بيان الظروف» (تعقيبي مدني عدد 514، مؤرخ في 2 جانفي 1961، ق ت لسنة 1961، عدد 5، ص 1226-52)؛ فاستعمال الحيثية لعبارة «تتمثل غالبا في الحوادث الطبيعية»، معناه وأن هناك من الحوادث ما لا يكتسي صبغة طبيعية، بل بشرية.

(6) Fait du prince، في اللغة الفرنسية.

(7) ما لم يقع التنصيص على ذلك بنص خاص؛ ومن التنصيصات الخاصة التي تستبعد الأمر الخارجي كسبب مقص للتعويض الفصل 124 من مجلة التأمين المضاف بقانون 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بتعويض حوادث الطريق في إطار التأمين

بمجلة الالتزامات والعقود فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية[1] أو بالفصلين 282 و283، فيما يتعلق بالتعاقدية؛ ويمكن من خلال مجمل ما ذكر، أن نبرز الحالات التي تتوفر منها أسباب خارجية، فيطرح التساؤل فيها حينئذ إن كان مجملها قد سيق على سبيل الحصر، أم يمكن إثراؤه بظرف آخر على الأقل وهو حالة الضرورة.

عنصر 2 – حالة الضرورة[2]

تطرح إشكالية حالة الضرورة عندما يدفع المعين بقواعد السببية بأنه اضطر إلى إحداث الضرر بسبب وضعية أجبرته على ذلك[3]؛ وقد يرى البعض وأن لاقبول لحالة الضرورة بالقانون التونسي، لعدم تنصيص المشرع عليها صراحة ضمن حالات الإعفاء من التعويض، كما فعل ذلك في قبوله الدفاع المشروع بالفصل 104 بمجلة الالتزامات والعقود؛ ومع ما يكتسيه هذا الرأي من الوجاهة، يمكن أن لا يجارى لسببين على الأقل: أولاهما، أن القانون المدني لا تحكمه قاعدة الشرعية بمثل ما تحكم القانون الجزائي[4]؛ ثانيهما، وأن الضرورة هي مما تحتمه قواعد القانون الطبيعي[5]؛ فلا مانع -حسب رأينا- من اعتبار حالة الضرورة مما يمكن بمقتضاه رد السببية عموما؛ ولكن ذلك مقيد بجملة من الشروط: وهي أن يكون الضرر الذي وقع إتيانه أقل فداحة من الضرر الذي يزعم المطالب بالتعويض اجتنابه؛ ولا

الوجوبي، والذي جاء فيه ما يلي: «لا يمكن معارضة متضرري حوادث المرور بمن فيهم سائق أو حافظ العربة ذات محرك بالقوة القاهرة أو بالأمر الطارئ أو بفعل الغير».

(1) جاء بالفصل 104 بمجلة الالتزامات والعقود ما يلي: «لا ضمان على من اضطر إلى الدفاع الواجب كما لا ضمان بمضرة حصلت بأمر طارئ أو قوة قاهرة إذا لم يكن هناك خطأ ينسب للمدعى عليه قبل وقوع الحادثة أو في أثنائها (فقرة 1)...».

(2) L'état de nécessité، في اللغة الفرنسية.

(3) تذكر هذه الوضعية بوضعية المتعاقد الذي يدفع بحالة اضطرته إلى إبرام عقد، يطلب إبطاله بناء على الإكراه (حول هذه المسألة، يراجع مؤلفنا: «دروس في العقد»، مركز النشر الجامعي، تونس 2004).

(4) ومع ذلك تأخذ القوانين الجزائية عموما بحالة الضرورة، فمن باب أولى أن يؤخذ بها في المادة المدنية أيضا

(5) Nécessité n'a pas de loi، في التعبير الفرنسي.

يجوز لمتتبع بفعلة قتل مترجل مثلا، أن يدفع بكونه رام تفادي ضرر مادي (بسيارة مثلا)؛ ولا يجوز لمن يتشبث بحالة ضرورة أن يكون السبب في الوضعية التي اضطرته للاختيار، خطؤه المسبق، وهذا شرط ينطبق في كافة أسباب الدرء الموضوعية، أيضا[1].

فقرة 2 – شروط أسباب الدرء الموضوعية

هي ثلاث على الأقل: الخارجية (عنصر 1) واستحالة التوقع (عنصر 2) واستحالة الدفع (عنصر 3).

عنصر 1 – الخارجية

يقتضي شرط الخارجية أن لا يكون الظرف في الشخص المطالب بالتعويض: فمن يدفع بمرضه لا يمكنه التفصي من المطالبة، ولو أنه كان جاهلا بحالته؛ ولا يعد أمرا خارجيا ما يتشبث به المطلوب في الشيء، كالعيب في صنعه[2]، ولا كذلك ما تدفع به شركة ما من صعوبات مالية تحول دون تنفيذها لالتزاماتها[3]...

---

(1) قُضيَ: «حادث الطريق الحاصل من السيارة قد لا يكون متولدا رأسا عن القوة القاهرة الحاصلة من انفلاق إحدى العجلات بل من السرعة الحاصلة قبل ذلك ومن استعمال الفرامل مع تلك السرعة إثر انفلاق العجلة الأمر الذي يفيد أن السائق هو الذي لا يحسن قواعد السياقة في مثل هاته الصورة وتسبب بذلك في ذهاب السيارة به إلى اليسار المشغول بغيره فحصل الحادث وكان هو السبب فيه دون القوة القاهرة. وبذلك فإن الحكم على شركة التأمين المؤمنة له بالغرامة لمن تسبب في ضرره يكون في طريقه ولا مطعن فيه» (تعقيبي مدني عدد 5872، مؤرخ في 24 مارس 1982).

(2) ولكن من النظريات ما يضيق في القيام على مستعمل الشيء، اعتمادا على التفرقة بين نظريتي الحفظ (في الاستعمال وفي التركيبة) (انظر لاحقا).

(3) قُضيَ: «حيث يتبين بالرجوع إلى أوراق الملف أن الصعوبات المالية المتمسك بها من قبل نائب المستأنفة لتبرير عدم إيفائها بالتراماتها التعاقدية وبالتالي إعفاءها من المسؤولية ترتبت عن خلل في تسيير الشركة وعليه فإنه لا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة طالما أنها ليست ناتجة عن عنصر خارجي كما أنه لا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة طالما أنها ليست ناتجة عن عنصر خارجي كما أنه لا يمكن اعتبارها من قبيل الأمر الطارئ طالما أنه تبين من أوراق الملف أن تلك الصعوبات كانت سابقة لإبرام عقد الصفقة في 30 نوفمبر 1995 الأمر الذي يتعين معه رفض هذا المستند» (استئنافي إداري عدد 25649 مؤرخ في 21 جوان 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 215)

عنصر 2 - استحالة التوقع

تقتضي استحالة التوقع أن لا يكون من عيّنته السببية كمسؤول عن الضرر بإمكانه التنبؤ بحصول السبب الخارجي؛ ويتجسم ذلك بالطبيعة الاستثنائية للسبب المذكور[1]؛ ويعتبر في تقدير ذلك بالشخص السّويّ[2]؛ وهي قاعدة تبرر بوجوب اتخاذه للتدابير اللازمة لتفادي نتائج الظرف المتحسب له[3]، مما ينتهي إلى غياب الخطأ المسبق من هذا الأخير[4]؛ ولا يمنع شرط استحالة التوقع من اعتبار حالات لا طائل للمطلوب عليها، حتى ولو أنه علم بها.

---

(1) قُضيَ: «وحيث أن السرقات والاعتداءات التي تعرض لها موقع الأشغال لا تندرج صلب حالات القوّة القاهرة التي ضبطها الفصل 21 من عقد الصفقة المذكور فضلا عن أنها لا تكتسي طابعا استثنائيا وغير متوقع كما أنها ليست من قبيل الصعوبات التي لا يمكن التنبؤ بها بصفة عادية، لاسيما وأن المقاول لم يحترم الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة...» (م ع ن د في حق المندوبية الجهوية للتنمية الفلاحية بالقيروان/ أمينة فلسة مقاولات توفيق، قضية عدد 17265، حكم ابتدائي مؤرخ في 2 جوان 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 61).

(2) قُضيَ: «إن كل ما هو متوقع الحدوث لا يعد مفاجأة؛ تحدد ماهية المتوقعات بالرجوع لما يدخل في حساب البشر السوي وتقديراته» (استئنافي عدد 47804، مؤرخ في 30 أكتوبر 1967، ق ت لسنة 1968، عدد 6، ص 78)...

(3) قُضيَ: «... الفيضانات الناجمة عن التقلبات المناخية الاستثنائية لا تشكل قوة قاهرة من شأنها أن تنفي مسؤولية الجهة المدّعى عليها طالما أن فيضان سدّ ما بفعل مياه الأمطار يعدّ من العوارض التي في وسع الإدارة توقّعها والتحسّب لها ومن ثمّة اتخاذ الاحتياطات الضرورية لدفعها ودرء ما ينشأ عنها من ضرر» (جمال/ م ع ن د في حق وزارة الفلاحة والموارد المائية، حكم ابتدائي في القضية عدد 19051 مؤرخ في 31 جانفي 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 77).

(4) قُضيَ: «إن القوة القاهرة هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق أو هجوم جيش العدو أو فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درئه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة ومؤدي ذلك أن القوة القاهرة هي حادث غير ممكن التوقع مستحيل الدفع ويحول دون تنفيذ الالتزام» (قرار تعقيبي مدني عدد 25213، مؤرخ في 4 أفريل 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 199).

عنصر 3 - استحالة الدفع

تقتضي استحالة الدفع من المعيّن بالسببية أن يكون عاجزا، مطلقا، عن دفع الأمر الطارئ وتلافي نتائجه؛ وتبرر القاعدة الأخيرة في الذكر بمبدأ عام هو من مبادئ القانون العمومية «أن لا يطالب أحد بأمر مستحيل»[1].

وقد تكون الاستحالة المقصية من التعويض مادية أو قانونية: حيث أن الأولى تحتمها الظروف، والثانية يفرضها القانون.

وينطبق في تقدير الاستحالة بباب المسؤولية ما ينطبق في غيرها من المواد؛ حيث يعود تقدير إمكانية الدفع من عدمها إلى قضاء الأصل، دون معقب عليهم في ذلك من محاكم القانون، شريطة التعليل المستساغ؛ وهو ما يختلف بحسب الأوضاع[2]؛ فلا يعتد بالاستحالة إلا متى كانت مطلقة، لا نسبية؛ ولا يؤخذ بها إلا متى أثبت المطلوب أنه قام بكل ما ينبغي القيام به لتفادي الضرر[3]؛ وتلك شروط يمكن أن تنطبق بشيء من الملائمة في بقية أسباب الدرء الذاتية.

قسم 2 - أسباب الدرء الذاتية

توصف هذه الأسباب بالذاتية لكونها من فعل شخص أو أكثر قد شهد التدخل في وقوع الضرر؛ وقد يصدر الفعل المعفي من التعويض عن الغير (فقرة 1) أو عن الضحية (فقرة 2) أو حتى عن المطلوب نفسه (فقرة 3)

---

(1) «A l'impossible nul n'est tenu» في التعبير الفرنسي؛ حول هذه المقولة ونتائجها بالقانون الفرنسي، يراجع: P. Jourdain, « Impossibilité d'exécution, perte de la chose et théorie des risques en droit français », *Etudes juridiques (Revue de la Faculté de Droit de Sfax)*, 2001, pp. 213 وحول نفس المقولة ونتائجها بالقانون التونسي: M. Mahfoudh, « L'extinction du contrat pour impossibilité d'exécution (en droit tunisien) », *Op. cit.*, pp. 167.

(2) قُضيَ: «هبوب العاصفة التي تتسبب في قطع الأسلاك الكهربائية لا يمكن اعتباره من قبل القوة القاهرة إلا إذا كان بمثابة الكارثة الطبيعية التي لا يمكن دفعها ولذا فالدفع بعدم المسؤولية في غير طريقه» (تعقيبي مدني عدد 2307، مؤرخ في 5 جوان 1980، نشرية 1981، ص 149).

(3) قُضيَ: «لا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درئه» (تعقيبي مدني عدد 7713، مؤرخ في 8 أفريل 1971، ق ت لسنة 1972، عدد 6، ص 935-43).

فقرة 1 - فعل الغير

يتكون فعل الغير بأمر يأتيه شخص أجنبي عن السببية عادة؛ ويمكن أن يترتب ذلك عن موقف إيجابي أو سلبي يأتيه هذا الأخير يتكون به الضرر؛ كأن يسائل أحدهم، في حادث طريق، بتعويض ما تسببت فيه سيارته لغيره من الأضرار، فيدفع بأن السبب فيما حصل إنما يعود إلى سائق سيارة أخرى، أو أضواء (الطريق التي) تعود بالتعهد إلى مصالح أخرى.

ويشترط في فعل الغير، حتى يكون معفيا من التعويض، أن تتوفر فيه شروط الأمر الطارئ من خارجية، واستحالة توقع، واستحالة دفع؛ فلا يعد فعل الغير خارجيا متى كان هذا الأخير من منظوري المطالب بالتعويض (كأن يكون ابنه أو أجيره...)؛ ولا يعتد باستحالة التوقع إذا ما كانت مناورة الغير منتظرة، وكان على المطلوب أن يتحسب لها، وذاك الشأن في قواعد السير؛ ولا يؤخذ باستحالة الدفع، متى كان بإمكان المطلوب أن يقوم بمناورة يتحاشى بها الفعل الضار؛ وتبقى مسألة اعتبار فعل الغير رهينة الإثبات؛ وهو ما تتجلى صعوباته في التطبيق، لاسيما بأضرار المرور، اعتبارا إلى إمكانية التهرب ممن تسببوا في الحوادث[1].

فقرة 2 - فعل الضحية[2]

ذلك ما يدفع به المطلوبون ـ خاصة مؤمنوهم ـ، للتفصي من التعويض[3]، بصفة عامة[4]؛ ولا شك في اعتبار فعل الضحية من الأسباب الدارئة للمسؤولية

(1) أقصى فقه القضاء الإداري فعل الغير من نطاق الإعفاء متى كان نظام المسؤولية التي وقع تأسيس الدعوى عليها أساسه المسؤولية الموضوعية؛ قُضيَ «فعل الغير لا يندرج ضمن الحالات التي تفضي إلى الإعفاء من المسؤولية متى كانت هذه المسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ، على أنه يسوغ عند الاقتضاء الرجوع على المتسبب المباشر في الضرر» (قرار استئنافي إداري عدد 25896 مؤرخ في 16 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 273).

(2) Le fait de la victime، في الاصطلاح الفرنسي.

(3) حول دور فعل الضحية عموما، يراجع: Ch. Lapoyade-Deschamps, *La responsabilité de la victime*. Thèse Bordeaux 1975

(4) قُضيَ «وحيث ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف أن الحادث الذي أودى بحياة مورث

وللتعويض[1]، اعتبارا لمبدأ عام مفاده «عدم انتفاع الشخص بخطئه[2]»، ولو بميادين التعويض الموضوعي (الأمراض المهنية والحوادث الشغلية من جهة وحوادث المرور من جهة أخرى[3])؛ لكن اعتبار فعل الضحية كسبب مبعد للمسؤولية لا يخلو من القواعد الخاصة، فيضاف إلى الشروط العامة من خارجية واستحالة التوقع واستحالة الدفع[4] القواعد الآتي ذكرها:

المعقب ضدّهم ناجم عن انفجار قذيفة من مخلفات عمليات تدريب قامت بها إحدى الفرق التابعة للجيش الوطني بميدان للتدريب؛ وحيث لئن كانت مسؤولية وزارة الدفاع قائمة كيفما سبق بيانه فلا شك أن تعمّد مورّث المعقب ضدّهم القدوم إلى مكان الحادث خصّيصا بغية جمع بقايا القذائف للحصول على النحاس والألمنيوم الموجود بها بعد تفكيكها بمعدّات أحضرها للغرض يعدّ سببا كافيا ومقنعا لتحميله نصف المسؤولية مع وزارة الدفاع الوطني في وقوع الحادث» (قرار تعقيبي إداري عدد 38349 مؤرخ في 14 مارس 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 443).

(1) سواء كان ذلك بالمسؤولية المدنية أو بالمسؤولية الإدارية؛ قُضي: «يفضي خطأ المتضرر إلى الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها» (استئنافي محكمة إدارية، عدد 22162، مؤرخ في 26 جانفي 1999، وزارة المواصلات ضد يوسف الورتاني، مجموعة فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 1999، ص 354 وما بعد)؛ وقُضي «إن القاعدة في تقرير مسؤولية التعويض عن الأضرار المترتبة عن تنفيذ الأشغال العمومية والتي تلحق بالغير لا يؤسس على الخطأ وإنما يسلم به بمجرد توفر ركني الضرر والرابطة السببية ولا تنتفي إلا إذا كان مرد الضرر قوة قاهرة أو خطأ من جانب المتضرر» (ابتدائي محكمة إدارية، عدد 15820، مؤرخ في 17 نوفمبر 1999، أحمد بن سعد في حق ابنه القاصر ومن معه ضد وزارة التربية، مجموعة فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 1999، ص 249 وبعد)

(2) جاء بأحد قرارات المحكمة الإدارية بالمادة التعقيبية في رد أحد المطاعن ما يلي: «عن المطعن المأخوذ من إهمال دفوع جوهرية وخرق مبدأ عدم انتفاع الشخص بخطئه؛ وحيث أن قضاء المسؤولية الإدارية يقوم على قواعد ومبادئ أصولية تقتضي أن يكون التعويض عادلا ومستوعبا لجميع أوجه الضرر من جهة ومراعيا لحقيقة الضرر المدعى به ولمدى مساهمة كل من الطرفين في وقوعه (طبقا لمبدأ عدم انتفاع الشخص بخطئه)» (قرار عدد 37038 مؤرخ في 28 ماي 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 383)

(3) جاء بالفصل 122 من مجلة التأمين المضاف بمقتضى قانون 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض في إطار التأمين الوجوبي للسيارات ما يلي "يقع تعويض متضرري حوادث المرور عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص ومخلفاتها دون إمكانية معارضتهم بخطأ في جانبهم باستثناء الحالة التي يتعمدون فيها إلحاق الضرر بأنفسهم أو الخطأ الفادح والذي لا يمكن تبريره (Injustifiable في الصياغة الفرنسية)"

(4) ولا يكون فعل الضحية دارئا للسببية إلا متى توفرت فيه الشروط العامة للأمر الخارجي.

- يمكن لفعل الضحية أن يكون إيجابيا أو سلبيا؛ وهو ما يوجب على صاحبها أن يقوم بما تستدعيه الوضعية من تحسب لتلافي الضرر[1]؛

- يمكن لفعل الضحية أن يشمل رضاءها بالضرر أو تهيئتها له[2]، مثال الشخص الذي يقبل بالركوب مع سائق وهو في حالة سكر ظاهر أو أنه يتولى السياقة بتهور فضيع[3]، ومثال المزاح مع شخص فاقد لمداركه العقلية[4]، أو المشاكسة لحيوان ضار؛ ولكن من الوضعيات ما لا مجال فيه لحديث عن رضاء الضحية لانعدام القدرة لها في التعبير عن إرادتها (ضحية فاقدة للتمييز) أو عدم أخذ القانون بإرادتها (فتاة سنها دون 15 سنة في ضرر مواقعتها)؛ ولا مجال أيضا للحديث عن فعل الضحية فيما يلحق بهذه الأخيرة من أضرار أثناء الألعاب الرياضية، شريطة أن يكون المطلوب بالتعويض قد احترم قواعد اللعبة أو عندما تتولى هذه الأخيرة القيام بما يقتضيه عملها من الأفعال[5]...

وهي غياب الخطأ والخارجية واستحالة التوقع واستحالة الدفع، وهو ما قد يؤدي إلى توزيع عبء التعويض مع المطلوب إذا ما اتضح الاشتراك في المسؤولية بينهما، فيتجسم ذلك بالتنقيص في المبالغ التي قد يقضى بها لفائدة المتضرر...

(1) حول مفهوم فعل الضحية، يراجع: F. Chabas, « Fait ou faute de la victime », Dalloz 1973, Chron, pp. 207 et ss.

(2) حول قبول الضحية عموما، يراجع: J. Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, 1969 ; Nguyen ThanN ha, *RTD civ* 1976, 1.

(3) حول هذه الوضعية، يراجع: P. Esmein, « De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident », *RTD civ* 1938, pp. 387 et ss.

(4) حول موافقة الضحية وما تثيره من إشكاليات عموما، يراجع: Nguyen Than-Nha, « L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation du défendeur à l'action en responsabilité », *RTD civ* 1976, pp. 1 et ss.

(5) ذلك شأن ضحية تعمل بحقلها في إزالة الأعشاب الطفيلية تولت إضرام النار لحرقها، وهو ما أدى إلى انفجار مفرقع آل إلى وفاته؛ قُضيَ «... إن ما حمل الهالك على إضرام النار هو حرصه على تنقية مزرعته من الأعشاب الطفيلية ومزيد العناية بها مما لا يصح معه تحميله أي قسط من المسؤولية» (قرار تعقيبي إداري عدد 37564 مؤرخ في 11 فيفري 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 439).

- ومتى وقع الاعتداد بفعلها، فإن ما تأتيه الضحية من السلوكيات يجابه به من انجر لهم حق منها (خلفها العام وخلفها الخاص)[1].

فقرة 3 - فعل المطلوب

من أفعال المطلوب المعفية من التعويض أيضا: الانقياد لأذون السلطة (عنصر 1) والدفاع المشروع (عنصر 2).

عنصر 1 - الانقياد لأذون السلطة (وأوامرها)

يعد الانقياد لأذون السلطة وأوامرها - مبدئيا - من الأسباب المعفية من التعويض: فمن يتولى تنفيذ حكم الإعدام مثلا، لا يؤاخذ لأجل ذلك، وكذلك ما يأتيه أعوان الأمن من تصرفات (ضارة أحيانا) لتتبع الجناة؛ ومع ذلك، يوجد توجه غايته تأطير هذا السبب الدارئ للمسؤولية.

وما يبدو الفقه مستقرا عليه فيما ذكر أن لا موجب للأخذ بالانقياد المعفي من المسؤولية والتعويض إلا لأذون السلطة المشروعة، (المعترف بها داخليا وخارجيا)؛ مع وجود توجه يميل إلى التشدد في اعتبار أذون السلطة الحاكمة من الأوامر المشروعة، متى تجلت عدم مشروعيتها، كأن تطالب السلطة الممارسة للحكم إبان الأفعال بإطلاق النار على الجمهور، دون ترهيبهم بطلق فضائي أولا وأرضي فيما بعد[2]؛ وفي ذلك تكريس لنظرية ساقها مختصو القانون العام، تعرف بنظرية «حملة السلاح الأذكياء»[3]، والتي تقتضي من أعوان الدولة أن لا يكتفوا - في تطبيق أوامر السلطة الحاكمة لهم - بالتنفيذ الأعمى، بل وبتحليل ما يساق لهم من ذلك، ومقارعته بمقتضيات حقوق الإنسان على وجه الخصوص...

(1) يمكن استخلاص هذه القاعدة العامة (عن طريق التأويل من باب أولى) من الفصل 123 من مجلة التأمين المضاف بمقتضى القانون عدد 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتعويض في حوادث المرور في إطار التأمين الوجوبي القائل: «يجبر سائق العربة البرية ذات محرك كليا أو جزئيا وكذلك من يؤول إليهم الحق عند الوفاة من التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور...».

(2) طبقا لنصوص قانونية تضبط كل ذلك.

(3) Théorie des baïonnettes intelligentes، في الفقه الفرنسي.

عنصر 2 الدفاع المشروع

يتشكّل الدفاع المشروع بردّ شخص لهجوم يستهدف أشخاص أو أموال، مما يلحق أضرار بصاحب الهجوم، يعفي القانون المدافع عليها من تعويضها؛ وقد وقع التنصيص على حالة الإعفاء من المسؤولية هذه بالفصل 104 بمجلة الالتزامات والعقود القائل وأن «لا ضمان على من اضطر إلى الدفاع الواجب... (فقرة 1). والاضطرار إلى الدفاع هو حالة من التجأ إلى دفع صولة صائل أراد التعدي على النفس أو المال سواء كان ذلك للمدافع أو لغيره (فقرة 2)».

فمن يردّ هجوم شخص على نفسه أو ماله، يمكن له ـ بصريح الفصل أعلاه ـ أن يتفصّى من تبعة التعويض، ولو أن أحكام السّببيّة قد عيّنته كمنشئ وحيد في حصول الضرر؛ ومع ذلك، قد تثار مسائل مردّها وجود نصّ آخر بالمجلة الجزائية (هو الفصل 39[1]) يجيز التفصّي من العقوبة، اعتمادا على نفس المؤسسة.

ومن يتمعن في الفصلين (104 م ا ع و39 م ج) يجدهما متفقين في قبولهما لحالة الدفاع الشرعي كسبب معف من تحمل الجزاء، سواء منه المدني أو الجزائي، ولكنهما مختلفين في تنظيمهما: فالنص المدني يأخذ بالدفاع الشرعي عن النفس وعن المال، وهو لا يقيد في ذلك من نطاقه، بل يقبل بالإعفاء من التعويض ولو أن الدفاع كان لفائدة مال الغير؛ بخلاف النص الجزائي الذي لا يعتد بالدفاع المذكور إلا للنفس من دون المال، مضيّقا في قائمة الأنفس الحرية بالدفاع في أقرباء يحددهم حصرا، تاركا مسألة الدفاع عن الأجنبي للقاضي.

(1) جاء بالفصل 39 من المجلة الجزائية ما يلي: «لا جريمة على من دفع صائلا صير حياته أو حياة أحد أقاربه معرضا لخطر حاتم ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر (فقرة 1). الأقارب هم: أولا: الأقارب من طبقة الأصول والفروع؛ ثانيا الأخوة والأخوات؛ ثالثا. الزوج والزوجة (فقرة 2). أما إذا كان الشخص المعرض للخطر أجنبيا فللحاكم الاجتهاد في تحرير المسؤولية (فقرة 3)».

وقد اهتم الفقهاء بمسألة الاختلاف في تنظيم الدفاع الشرعي مدنيا وجزائيا، فرأى بعضهم وأن الفصل 39 ينسخ الفصل 104 باعتباره لاحقا له[1]؛ ورأى بعضهم الآخر (ممن اهتم بنفس المسألة بالقانون الفرنسي[2]) بأن لا نسخ بين التنصيصين، مبررين ذلك بخصوصيات القانون الجزائي مقارنة بنظيره المدني... وهو الموقف الأنسب في نظرنا، لاعتبارين على الأقل: أولاهما وأن كلا من الفصلين يمكن أن يعد عاما في ميدانه، فلا ينسخ أحدهما الآخر إلا صراحة؛ ثانيهما، وأن الفصل المدني التونسي يتوسع أكثر في الأخذ بمؤسسة الدفاع الشرعي من نظيره الجزائي وذلك منطقي لأن القانون المدني غايته حماية المال والبدن فيتوسع في ذلك بإدماج فئات أخرى (الأقارب)، خلافا للقانون الجزائي الذي يرجح حماية البدن عن المال[3].

ومتى وقع ضبط نطاقه، أصبح الدفاع المشروع في المادة المدنية خاضعا إلى ما يخضع له نظيره بالمادة الجزائية، من شرط مداهمة الضرر (الذي يستعمل في شأنه الفصل 39 عبارة «الصائل») والملائمة في رد الفعل، فلا يجارى أحدهم في تذرعه بالدفاع الشرعي في رد الفعل عن صفعة بطعنة سكين...

(1) هذا موقف الأستاذ محمد الزين *De quelques aspects*...

(2) حيث تتضمن المجلة المدنية تنصيصات تهم الدفاع المشروع والمجلة الجزائية اللاحقة لها تنصيصات تتعلق بنفس المؤسسة أيضا...

(3) وقد يؤدي الدفاع عن المال إلى الإضرار ببدن الجاني، وحماية البدن، ولئن كانت ناحيتي مسبقة عن حماية المال..

العنوان الثاني

متغيرات المسؤولية المدنية

يقصد بالمتغيرات عناصر متنوعة؛ وذلك الشأن بالمسؤولية المدنية فيما يتعلق بالوضع الضار، والذي من الممكن أن يتمثل في فعل شخصي يأتيه المطالب بالتعويض، أو في فعل أحد آخر يتحمل هذا الأخير تبعاته، أو في فعل شيء عليه ضمانه؛ وقد أدى التنوع في الأفعال الضارة إلى تنوع في أنظمة المسؤولية المدنية : مسؤولية عن فعل شخصي (فصل 1) وأخرى عن فعل الغير (فصل 2) وثالثة عن فعل الشيء (فصل 3).

عدد 68-5 المؤرخ في 3 جانفي 1968 مضيفا لفصل (489-2) بالمجلة المدنية، جاء فيه ما معناه وأن من تسبب في ضرر للغير وهو تحت طائلة الخبال، لا يعفيه من التعويض[1].

وربما نلمس مثل هذا التطور بالقانون التونسي من خلال اعتبار الذات المعنوية ملزمة بالتعويض بالرغم من تنزيلها منزلة القاصر[2]؛ ومن ميل القضاء إلى الإقرار للضحايا بالتعويض من خلال طريقة التقدير الذاتية المتبعة في اعتبار الخطأ[3].

فقرة 2 - تنوّع المظاهر

كثيرة هي مظاهر الخطأ (عنصر 1)؛ ومما يستدعي الاهتمام في ذلك وجود وضعيات تتسم فيها **الأخطاء بالدقّة**، وهو ما يصادف في حالات يجيز القانون فيها مبدئيا إتيان المخالفة (عنصر 2)[4].

---

(1) Article 489 – 2 du Code civil français : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation ».

(2) طبق الفصل 5 من م ا ع؛ قُضي: «إن الخطأ المرتكب من أحد مستخدمي الذات المعنوية يعتبر قانونا صادرا عنها شخصيا» (قرار تعقيبي مدني عدد 10832 مؤرخ في 18 أفريل 1985، نشرية م ت لسنة 1985، قسم مدني)؛ وقضت (المحكمة الإدارية) «تتحمل المؤسسات العمومية للصحة كامل المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي يكون مأتاها انخرام سير المرفق الراجع لها بالنظر سواء تعلق الأمر بظروف استقبال وإيواء المرضى أو حالة المعدّات الموضوعة على ذمّتهم ونظافتها» (حكم ابتدائي إداري صادر في القضية عدد 1/ 16220 بتاريخ 28 مارس 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 76).

(3) من رواد هذا الموقف الأشقاء Mazeaud، يراجع: H. Mazeaux, « La 'faute objective' et la responsabilité sans faute », *Dalloz* 1985, Chron. pp. 13 et ss.

(4) حول هذه الإجازة، يراجع: J. Karila De Van : « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1955 pp. 533 et ss.

عنصر 1 - كثرة الأخطاء

لا تأثير نظريا لنوعية الخطأ في مبدأ التعويض، سيان في ذلك أن يكون من الأخطاء اليسيرة أو الخطيرة[1]؛ وهو ما يوسع في نطاق المسؤولية المدنية، بإنشاء موجبات عامة على كافة الشرائح الاجتماعية هي مما يساهم في تفادي الأضرار بها[2]؛ ومع ذلك، تجد من النتائج ما يترتب عن الاختلاف بين الأخطاء، وهو ما برر اهتمام الفقهاء بذلك؛ فصيغت للغرض جملة من المعايير، وعلى رأسهما اثنان: **الخطورة** من جهة (أ) **والقصد** من جهة أخرى (ب) كان لكل واحد منهما نتائج مختلفة بما يخضع الخطأ لنظام أو لآخر[3].

---

(1) قُضيَ: «الحكم بالتعويضات المدنية لا يتوقف عن ثبوت كون الخطأ وقع عن سوء نية وأن مجرد التقصير يصير فاعله محبورا على جبر الضرر». (تعقيبي مدني عدد 3531، مؤرخ في 11 أفريل 1963، ق ت عدد 9 لسنة 1963، ص 138)؛ وقُضيَ: «... طالما أقرت المعقبة بحوزها للمحجور وبكونها تحمل علامة مطابقة لعلامة المعقب ضدها وأن هاته البضاعة منصوبة بقاعة عرض للعموم وبمحل المعقبة دون تبرير مصدرها بوجه شرعي مستساغ علاوة على أن الاختبار أكد على أن ما أتته الطاعنة يعد من قبيل التقليد المحضور فإن الأفعال المنسوبة إلى الطاعنة واقعة تحت طائلة أحكام الفصل 92 من م ا ع ما دام أن مقتضيات هذا الفصل لا تشترط أن يكون مرتكب الأعمال المحضورة سيء النية أو أنه ارتكبها عن خطأ مقصود وإنما يكفي أن يصدر فعله عن إهمال أو انحراف عن السلوك المألوف للتاجر العادي يتسبب في ضرر للغير (تعقيبي مدني عدد 5836، في 22 ديسمبر 2000، نشرية م ت لسنة 2000، مدني 1، ص 84)».

(2) قُضيَ: «حيث أنه من المقرر قانونا أن الصيرفي يتحمل بواجب حذر عام يقتضي منه إجراء التحريات اللازمة والتثبت عند قيامه بعمليات الدفع من حقيقة هوية حرفائه وصعوباتهم تجاه أخرى إذا تعلق الأمر بمبادرة تتبع أفضى إلى محاكمة أحد منهم غيابيا حضا» (قرار تعقيبي مدني عدد 6700، مؤرخ في 5 جوان 2001، نشرية م ت لسنة 2001، قسم مدني، جزء 2، ص 146).

(3) يمكن المعيار المذكور من التمييز بين الأخطاء التعاقدية والأخطاء التقصيرية. ويتمثل الخطأ التعاقدي، كما وقع التلميح له بالفصل التمهيدي بهذا المؤلف، في مخالفة التزام وقع التنصيص عليه بالعقد، أو مما تستوجبه أحكام التعاقد؛ ويتمثل الخطأ التقصيري في إتيان تصرف تمنعه الأحكام القانونية، أو امتناع تقتضيه الأحكام المذكورة. وبالفعل من الالتزامات التعاقدية ما وقع التنصيص عليه صراحة بالعقد أو بالأحكام القانونية؛ ومن الالتزامات التعاقدية أيضا ما تقتضيه طبيعة العقد، أو وقع إرساؤه بمقتضى فقه القضاء باعتباره مما تقتضيه طبيعة العقد، اعتمادا على طرق التأويل القانونية؛ ومن ذلك بالخصوص جملة من الواجبات التي أثرى بها فقه القضاء عديد العقود، كواجب السلامة في عديد العقود (النقل، الألعاب ...) وواجب الإعلام والإرشاد والنصح وواجب المحافظة على

الخطأ في جانب من تحصل عليها[1]، ومن وجوب التعويض المحمول عليه بسببها[2]، ولا وجه إداريا إلى ربط القيام بدعوى التعويض بإلغاء مقرر أو ترخيص ما، في إطار ما يعرف بدعوى التقاضي الكاملة[3].

ولا تثير في العادة اعتبار الأعمال الإيجابية من الخطأ إشكالات كبرى، خلافا للأعمال السلبية، حيث تؤول إلى منع الامتناع، إن صح التعبير، بما تضيق به الحريات أحيانا؛ وذاك ما يبرر الآراء القائلة بأن لا وجه لاعتبار المواقف السلبية من الأخطاء إلا بوجود نصوص قانونية صريحة تنصّ على ذلك؛ وهو ما لم تتبعه القوانين بصفة عامة[4].

وقد ينازع البعض في وجاهة الموقف المتمثل في اعتبار السلوك السلبي من الأخطاء الموجبة للتعويض؛ ولكن المادة المدنية وأخطاؤها ليست مما تحكمه قاعدة الشرعية (كما هي الحال بالمواد الردعية)، إذ من الحالات ما يجوز فيها التساؤل إن كان عنصرها المادي يتمثل في عمل إيجابي أو في موقف سلبي، وتلك صورة تتجسم بما يصطلح عليه بالعمل بالترك: ومن

---

(1) طبقا لمقتضيات الفصل 99 من م ا ع آخرا.

(2) قضي: «ولئن وقع بعث الشركات الصناعية والمدّعى عليها بموجب قوانين رخصت لها في مباشرة نشاطات معينة فإن نشاطها يخضع بدوره لتراتيب تشريعية وبالتالي فإنه لزاما عليها أن تلتزم بقدر من الحيطة والتفطن باتباع طرق علمية من شأنها أن تجنب إلحاق الضرر بالغير نتيجة إفرازاتها لتلك الغازات السامة وبالتالي فقد تركت ما وجب فعله وهذا التقصير يعد ضربا من ضروب الخطأ الموجب للتعويض» (ابتدائية قابس عدد 4350، مؤرخ في 26 أكتوبر 1992، مذكور من قبل الأستاذ ص الضاوي: «دور القضاء في حماية المحيط»، ق ت لسنة 1996، أكتوبر، ص 262).

(3) عياض بن عاشور: «القضاء الإداري وفقه قضاء المرافعات الإدارية في تونس»، مركز النشر الجامعي، تونس 1998، ص 176.

(4) اعتمدت محكمة التعقيب الفرنسية هذا الموقف في قرار شهير لها، يعرف بقرار "برانلي" Affaire *Branly* ; Civ. 1re, 27 fév. 1951, *Branly*. *Dalloz* 1951, 329, note H. Desbois ; *JCP* 1951, II, 6193, note J. Miura ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 230, concl. Rey. وقد قبل هذا القرار بكون الخطأ بالترك (أو بالامتناع) يمكن أن ينشأ عن التزام بالفعل له مصدر عرفي، ومن ذلك التزام المؤرخ الذي يتولد عن متطلبات الإعلام الموضوعي، ناقضا القرار الاستئنافي الرافض الأخذ بمسؤولية مؤرخ تولى كتابة فصل حول تاريخ اللاسلكي (TSF) لا يذكر فيه اسم أحد رواده ومخترعيه: Edouard Branly

أمثلتها وضعية سائق السيارة الذي يمتنع عن الضغط على الفرامل أثناء السير فيحدث بذلك ضررا لغيره من مرتادي الطريق؛ فالتسوية في العنصر المادي بين الإيجابي والسلبي، أو بين الفعل والتقصير هي مما يوفر على مطبقي قواعد المسؤولية المدنية عديد الإشكاليات التي لا طائل من ورائها[1].

عنصر 2 - العنصر المعنوي

يتمثل العنصر المعنوي بالخطأ في قدرة صاحبه على التمييز بين ما هو جائز وما هو ممنوع، على غرار ما يعتمد بالأخطاء الأخلاقية في التمييز بين ما هو خير وما هو شر أو في الآثام الدينية بين ما هو حلال وما هو حرام

ومن البديهي وأن القدرة على التمييز بين ما هو جائز وما هو ممنوع لا تلتئم للشخص إلا متى بلغ سنا معينة[2]، وقد لا تلتئم له إذا ما كان من عديمي التمييز مطلقا، وذاك شأن المجانين وغيرهم من أصحاب الإعاقات العقلية[3]؛ وقد جاء بالفصل 105 بمجلة الالتزامات والعقود "لا ضمان على الصغير غير المميز وكذلك المجنون حال جنونه. فإذا كان للصغير درجة من التمييز تمكنه من معرفة العواقب وجبت عليه العهدة"؛ وجاء بالفصل 106 من نفس المجلة «على الصم البكم ومن بعقولهم خبال ضمان ما يصدر منهم إذا كانت لهم درجة من التمييز يدركون بها عواقب فعلهم»

ولا يخلو ما يترتب عن إقرار التمييز كعنصر في الخطأ من النتائج السلبية التي قد تصل إلى حدّ حرمان المتضررين من التعويض متى كان الفاعل من فئة فاقدي التمييز؛ فأدى ذلك إلى تطور، ببعض النظم القانونية - ومنها القانون الفرنسي - إلى التخفيف من هذا المعطى؛ حيث جاء القانون

---

(1) حول هذه المسائل، يراجع: Carbonnier, « Le silence et la gloire », *Dalloz* 1951, Chron, pp. 119 et ss.

(2) تختلف النظم القانونية في هذه المسألة؛ بل ويختلف النظام الواحد أحيانا، وتحدد سن التمييز بالقانون التونسي بـ13 سنة (حول هذه المسألة، يراجع سامي العيادي "الولاية على مال القاصر، محمد علي للنشر، صفاقس 2006)

(3) حول هذه المسألة، يراجع: P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, Thèse Paris II, 1982

فقرة 1 – وحدة العناصر

هما عنصران: مادي (عنصر 1) ومعنوي (عنصر 2).

عنصر 1 – العنصر المادي

يتكون العنصر المادي في الخطأ من الفعل الذي يترتب عنه الضرر؛ ويمكن أن يتمثل في عمل إيجابي، أو في موقف سلبي.

وأما من العمل الإيجابي، فيتم بفعل يقوم به المطلوب، كأن يتولى ضرب الضحية، أو التفوه ضدها بعبارات تمس بشرفها، إلى غير ذلك من الأفعال التي تتجسم بوقائع ملموسة[1]

وأما من الموقف السلبي فيتم بسلوك يتجسم بالامتناع عن القيام بعمل: كأن يقع الإحجام عن الضغط على فرامل السيارة فيحصل الاصطدام[2]، أو

(1) قُضي: "وحيث أكد الخبير بأن تلك الأضرار ناتجة عن تسرب البخار الفسفوري من مداخن المطلوبة والتي ترمي بها الرياح الشرقية الجوفية على المزروعات؛ وحيث نص الفصل 83 من مجلة الالتزامات والعقود أن من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضرة مباشرة" (في نفس الاتجاه: ابتدائية قابس، 4656، مؤرخ في 7 أفريل 1981، ق ت لسنة 1986، عدد 9، ص 55؛ نفس المحكمة عدد 4791، مؤرخ في 22 جوان 1982، نفس المرجع، ص 60؛ نفس المحكمة عدد 5240، مؤرخ في 14 فيفري 1984، نفس المرجع ص 68؛ ابتدائية قابس، عدد 1212، مؤرخ في 19 نوفمبر 1984، نفس المرجع ص 64؛ نفس المحكمة عدد 992، مؤرخ في 8 جويلية 1985، نفس المرجع ص 73).

(2) أو عدم تجهيز المصنع بتجهيزات تحول دون تلويث المحيط؛ عد من قبيل الخطأ السلبي الموجب للتعويض عدم الاحتياط باتخاذ التدابير الكفيلة لتفادي الإضرار بآبار (مياهها صالحة للشراب) على ملك الأجوار (ابتدائية سوسة، 27 أكتوبر 1975، المجلة القانونية التونسية، الجزء II، الصفحة 143 - مذكور بمقال الأستاذ G. Farjat « Pollution et nuisances en droit tunisien »، نفس المرجع، ص 29-44)؛ قُضي: "وحيث رغم صدور الحكم القاضي برفع المضرة. فإن المدعى عليها لم تمتثل ولم تقم برفع المضرة المشتكى منها (المادية والمعنوية) من جراء الدوي المزعج المتسبب فيه محطة التوليد الكهربائي والتجهيزات الغازية التابعة للمدعى عليها مما يتجه التعويض لها عن ذلك" (ابتدائية تونس، 9/ 867 8، مؤرخ في 8 نوفمبر 1995، غير منشور).

يقع تقاعس عن خلاص دين في الآجال المعينة لذلك (نكول) فيقع الدائن في الإفلاس[1]؛ كما تتحقق المواقف السلبية بقلة الحذر أيضا[2].

وغالبا ما تتكون الصفة الإيجابية للأفعال المنشئة للخطأ من مخالفة الأحكام القانونية المانعة، وتتكون الصفة السلبية لها من الأحكام القانونية الموجبة[3]: فالقواعد المانعة للعنف تتجسم أفعالها بأعمال ضرب أو غيره من الاعتداءات التي يقترفها الفاعل[4]، والقواعد الموجبة للتراخيص الإدارية تتجسم مخالفاتها في الامتناع عن السعي للحصول على الإجازات التي تفرضها التراتيب الجاري بها العمل[5]؛ ولا تُمحي التراخيص قيام

(1) قُضي. "إن النكول هو السعي في التنصل من الالتزام بدون وجه شرعي يبرره وذلك بالتصدي قصديا والامتناع عن تنفيذ ما تعهّد به في الأجل الاتفاقي أو بالتقاعس عن القيام بما يلزم لتنفيذ الالتزام" (قرار تعقيبي مدني عدد 30579 مؤرخ في 28 سبتمبر 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 219).

(2) قُضي. "من المقرر قانونا أن الصيرفي يتحمل بواجب حذر عام يقتضي منه إجراء التحريات اللازمة والتثبت - عند قيامه بعمليات الدفع - من حقيقة هوية حرفائه ووضعياتهم تجاه أخرى إذا تعلق الأمر بمبادرته بإثارة تتبع أفضى إلى محاكمة غيابيا منهم بخطئه" (قرار تعقيبي مدني عدد 6700 مؤرخ في 5 جوان 2001، نشرية م ت لسنة 2001، قسم مدني، جزء 2، ص 146).

(3) يرى الفقهاء مجملا، وأن تعريف الخطأ يدمج مخالفة قاعدة سلوك (Norme de comportement)، قد يتضمنها القانون (الوضعي، الطبيعي...) وقد تتضمنها الأخلاق (والتي قد تصطبغ بالاعتبارات الدينية ببعض المجتمعات)... وهو ما يصطلح عليه بعضهم بالالتزام المسبق الواقع مخالفته: (M. Planiol « La faute est la violation d'une *obligation préexistante* ») ويصطلح عليه بعضهم بالموجب الواقع مخالفته (Mr P. Jourdain « ... (la faute...) (est) la transgression d'un *devoir préexistant* »)؛ وفي اعتقادنا وأن عبارة موجب (Devoir) أصوب من عبارة التزام (Obligation)، حيث أن الموجب أوسع، في حين أن عبارة الالتزام قد أصبحت من المصطلحات القانونية التي يقصد بها العلاقة الشخصية التي يمكن بمقتضاها لشخص (الدائن) أن يلزم شخصا آخر (المدين) بأن يعطي شيئا أو أن ينفذ عملا أو أن لا ينفذ عملا

(4) كثرة النصوص التجريمية (بميدان المحيط مثلا) يؤدي إلى كثرة الأخطاء المادية؛ Ph. Brun « La responsabilité et la réparation des dommages causés à l'environnement : les fondements de la responsabilité », Communication orale au colloque sur la responsabilité environnementale dans les droits tunisien et français, Sfax 14 et 15 avril 2004

(5) تراجع. G. Viney « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP (éd. Gle)*, 1996, n° 3, Doct. 3900

فصل 1

المسؤولية عن الفعل الشخصي

هناك مسؤولية عن فعل شخصي، عندما يكون المطلوب نفسه هو من تسبب في إحداث الضرر؛ وغالبا ما يكون ذلك بناء على خطأ يتحمله هذا الأخير.

ومع أن الخطأ هو المعطى الأهم في التأسيس للمسؤولية بصفة عامة وللمسؤولية الشخصية بوجه خاص (مبحث 1)[1]، فهو ليس بالوحيد في ذلك، وهو ما ينتسب من أهميته في التأسيس للمسؤولية المذكورة سواء بالقانون التونسي أو بغيره من القوانين (مبحث 2).

مبحث 1

أهمية الخطأ في التأسيس للمسؤولية الشخصية[2]

الخطأ من المؤسسات الهامة بالمسؤولية المدنية، فيستوجب ذلك توضيح مفهومه (قسم 1) وبيان نظام تطبيقه (قسم 2)

قسم 1 - مفهوم الخطأ

الخطأ واحد في عناصره (فقرة 1)، متنوع في مظاهره (فقرة 2)

---

(1) حول أهمية الخطأ بالمسؤولية المدنية، يراجع P. Esmein : « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1949, pp. 481.

(2) حول أهمية الخطأ بالمسؤولية المدنية عموما، تراجع مليكة بلال: «الخطأ في المسؤولية التقصيرية وشبه التقصيرية»، مذكرة مرحلة ثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990

أ) اختلاف الأخطاء بحسب معيار الخطورة

يمكّن معيار الخطورة من التمييز بين عديد الأخطاء؛ وما من شك في اختلاف الاعتبارات في ذلك؛ وربما كان أهمها ما يعود إلى **خطورة الفعل الضار** وما يأخذ **بخطورة نتائجه**[1].

ويمكّن المعيار المأخوذ من **خطورة الفعل الضار** من التمييز بين **الخطأ اليسير**[2]، وهو ما يقترفه الشخص العادي، **والخطأ الخطير**[3]، وهو ما لا يقترفه شخص من هذا القبيل.

كما يمكن للمعيار المأخوذ من خطورة الفعل الضار من أن يميّز بين الخطأ المغتفر من جهة[4]، والخطأ غير المغتفر من جهة أخرى[5]؛ حيث يجوز في الأول الاعتذار ببعض المعطيات الخاصة بالفاعل (جهله بالقواعد القانونية، قلة خبرته...)، في حين لا يجوز ذلك في الثاني (ومنه إقدامه على الانتحار مثلا)[6].

الأسرار المهنية من المتعاقدين بعد الإنهاء للعلاقة التعاقدية، وواجب السعي في تنفيذ مقتضيات العقد. ولكن وجود العقد ليس بالضرورة دليل على أن للخطأ طبيعة تعاقدية. حيث من الأخطاء ما له أصل وأساس في القانون، فتكون له بالتالي طبيعة الخطأ التقصيري. ومن ذلك الاعتداءات من متعاقد على آخر، أو تصرفات تخرج عن نطاق التعاقد، كالمتعاقد الذي يتجاوز في التنفيذ حدود عقده. ومن ثمة يمكن القول بكون من يتجاوز حدود وكالته إنما يقترف خطأ تقصيريا. ولتحديد طبيعة الخطأ بالتعاقدي أو التقصيري جملة من الفوائد لا سيما بالنسبة للإثبات: فالخطأ التعاقدي يتطلب وجود كتب، متى تجاوزت قيمة المتعاقد فيه حدا معينا؛ بخلاف الخطأ التقصيري الذي يقع إثباته بشتى الوسائل القانونية، من إقرار وسماع شهود، وتوجيه يمين في الحالات التي لا يمنع فيها القانون ذلك...

(1) حول التمييز بين الأخطاء عامة، تراجع مقالة G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *Dalloz* 1975, Chron. p. 263 et ss.

(2) Faute simple، في الاصطلاح الفرنسي.

(3) Faute grave، في الاصطلاح الفرنسي.

(4) Fautes vénielles، في الاصطلاح الفرنسي.

(5) Faute inexcusable، في الاصطلاح الفرنسي.

(6) أثرى فقه القضاء الإداري قائمة الأخطاء بالتمييز بين الخطأ المرفقي وهو الذي يسند إلى المؤسسة والخطأ الشخصي وهو الذي يكون على درجة من الخطورة فينسب للعون؛ ومن نتائج الخطأ المذكور تمكين الإدارة من الرجوع بالدرك على العون المقترف للخطأ؛ قُضي:

في حين يمكّن المعيار المأخوذ من خطورة نتائج الفعل الضار، من التفرقة بين **أخطاء بسيطة**[1] **وأخرى فادحة أو جسيمة أو فاحشة**[2]؛ **والبسيط منها، لا تترتب عنه نتائج ذات بال؛ خلافا لجسيمها الذي قد يؤدي إلى نتائج وخيمة؛ ويعرف الخطأ الفادح أو الجسيم أو الفاحش بذلك الذي لا يجوز لأحد أن يقترفه بناء على ما يُستوجب في كل شخص عادي من الفطنة الدنيا**[3]، **حيث تجد من الفقه وفقه القضاء من يسوّي ذلك بالأخطاء المتعمدة**[4].

«مساءلة الإدارة عن الأضرار الناجمة عن العلاج داخل المؤسسات العمومية الاستشفائية تجد أساسها واقعا وقانونا في النشاط اليومي للإطارات الطبية وشبه الطبية حال مباشرتهم لعملهم في إطار مساهمتهم في سير المرفق العمومي للصحة العمومية، وتكون الإدارة تبعا لذلك ملزمة بالتعويض للمتضررين مع حفظ حقها إن ارتأت ذلك في الرجوع بالدرك على الطبيب أو الإطار شبه الطبي المعني متى ثبت خطأه الشخصي» (قرار استئنافي إداري في القضيتين عدد 25679 و25698 مؤرخ في 16 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش بالتعاون مع المحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 237).

(1) Faute simple، في الاصطلاح الفرنسي.

(2) Faute lourde، في الاصطلاح الفرنسي؛ حول مفهوم الخطأ الجسيم بالقانون الفرنسي، يراجع: R. Roblot « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ* 1943, pp. 1 et ss.

(3) قُضيَ: «وحيث أن الخطأ الفادح على معنى الفصل 122 (من المجلة التجارية) المشار إليه هو الخطأ الذي لا يغتفر وهو لا يرتكبه أقل الناس عناية وانتباها والذي يعني الخطأ الفاحش والجسيم...»؛ وفي موضع آخر تقول المحكمة في وصف الخطأ الفادح مقارنة بالخطأ العادي الذي يقدر حسب تعبيرها النظر إلى سلوك الإنسان العادي أو ما يسمى برب الأسرة الصالح «فالخطأ الفادح هو دون ذلك بكثير لأنه يرتكب من شخص أقل من أقل الناس عناية وانتباها لكن بدرجة أدنى من الخطأ العمدي وتطبيقا لهذا المعيار لا يكون شق المعتد فجأة من طرف المترجل خطأ فادحا» (قرار تعقيبي مدني عدد 30273 مؤرخ في 7 مارس 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 167).

(4) قُضيَ: «يكون غير قائم على أساس من القانون القرار القاضي بالتغريم من أجل التعسف في الاستئناف دون أن يستظهر أن استعمال المستأنف حقه كان وليد نزعة شريرة أو قد كان القصد منه النكاية أو كان ذلك مبنيا على خطأ جسيم يتساوى والغش» (تعقيبي مدني عدد 5876، مؤرخ في 4 مارس 1969، ق ت عدد 10 لسنة 1969، ص 31-65)؛ حول تنظير الخطأ الجسيم بالخطأ المتعمّد، يراجع: L. Mazeaud « L'assimilation de la faute lourde et du dol », Dalloz Hebdomadaire, 1933, Chron. pp. 49 et ss.

ب) اختلاف الأخطاء بحسب معيار القصد

من الأخطاء ما تدخل نية المطلوب في إتيانه، ومنها ما لا تدخل؛ وتعرف الأولى **بالأخطاء القصدية**، وتعرف الثانية **بالأخطاء غير القصدية**.

وقد اعتبر المشرع معيار القصد في الخطأ التقصيري، فخصه بالفصل 82 من مجلة الالتزامات والعقود وبغيرها من الفصول مصطلحا عليه بـ«الخطأ المتعمد» تارة، وبـ«الجنحة» تارة، وبـ«التغرير تارة»؛ وخص الخطأ غير القصدي بالفصل 83 وبغيره من فصول المجلة مصطلحا عليه بعبارة «الخطأ» أحيانا، وبـ«شبه الجنحة» أحيانا أخرى.

كما اعتبر المشرع (التونسي) الاختلاف بين الخطأين (القصدي وغير القصدي) بالمادة التعاقدية، مستعملا عبارة «التقصير» فيما يتعلق بالثاني وعبارة «القصدي» أو«التدليس» أو «التغرير» فيما يتعلق بالأول؛ مرتبا عن الاختلاف بين الخطأين تفاوتا في المبالغ المستوجبة بعنوان التعويض لكل واحد منهما (بالفصل 107 و278 من م ا ع).

ومع أن المشرع التونسي قد رام التمييز بين الخطأ القصدي والخطأ غير القصدي، فهو لم يعرف كل منهما؛ فطرح التساؤل إذا ما يعتبر من القصد مجرد النية في إتيان الفعل، أم انصرافها (أي النية) إلى أحداث الضرر كذلك؛ وهو ما تتجه إليه الأنظمة القانونية عموما، وحتى فقه القضاء التونسي أيضا[5]؛ فيستوجب الخطأ القصدي ـ حينئذ ـ أن يكون المطلوب قد

(5) يفهم موقف محكمة التعقيب في اشتراط نية مخالفة النص القانوني وإلحاق المضرة بالمتضرر من بعض القرارات الصادرة في المادّة الجزائية بالخصوص؛ ومن ذلك القرار التعقيبي الجزائي عدد 22718 الصادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 15 ماي 1997 حيث قضي: «وحيث يؤخذ من هذا النص القانوني (الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية) أن جريمة إهمال العيال هي جريمة قصدية لا تتوفر أركانها إلا بتوفر الركن القصدي ولذلك فإن تواجدها يبقى رهين ثبوت حالة العمد والإصرار على عدم الإنفاق تنكيلا بمستحق النفقة وإمعانا في الإضرار به. وتأسيسا على ذلك لا يعتبر مرتكبا لهذه الجريمة من عجز فعلا عن أداء النفقة ولم يكن إمساكه عن ذلك عمدا (وحالة العجز يقدرها قاضي الموضوع)» (مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لسنتي 1997-1996، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 1998، ص 113).

أراد إتيان الفعل والضرر الناشئ عنه، وإذا ما اقتصرت نيته على إتيان الفعل من دون الضرر، عدّ خطؤه غير قصدي، وهو عين الموقف في اعتبار الأفعال الجنائية[1].

ومن صور الخطأ القصدي: الاعتداء على شخص بنية إضراره بدنيا، أو بنية إفساد مكاسبه (كمن يتعمد-برجله- تهشيم بلور سيارة، أو هدم حائط)، **ومن صور الخطأ غير القصدي**، التقصير في الاحتياط وأخذ الحذر[2] وغيرها من الأعمال التي قد تنجر عنها أوخم الأضرار أحيانا[3].

وللتمييز بين الأخطاء القصدية وغير القصدية من جهة ومن جهة أخرى فوائد، حيث لا تأمين في الأخطاء القصدية[4]، كما لا يجوز التشبث بالتنصيصات الاتفاقية الرامية إلى التخلّص من تداعيات الأخطاء المذكورة، بخلاف الأخطاء غير القصدية التي يجوز فيها ذلك[5].

(1) حول مفهوم الخطأ المتعمد وما يترتب عنه من إشكاليات ونتائج؛ يراجع G. Brière de l'Isle « La faute intentionnelle », *Dalloz* 1973. Chron. pp. 259 et ss. ; « La faute dolosive », *Dalloz* 1980. Chron. pp. 133 et ss.

(2) قضي: «من المقرر قانونا أن الصيرفي يتحمل بواجب حذر عام يقتضي منه إجراء التحريات اللازمة والتثبت عند قيامه بعمليات الدفع من حقيقة هوية حرفائه ووضعيانهم تجاه أخرى إذا تعلق الأمر بمبادرته بإثارة تتبع أفضى إلى محاكمة أحد منهم عيابيا بحطأ» (تعقيبي مدني عدد 67.00، مؤرخ في 5 جوان 2001، نشرية محكمة التعقيب، قسم مدني، جزء 2، ص 146).

(3) من الوضعيات ما يستوجب فيها القانون نية الإضرار، ومن ذلك في الادعاء بالباطل؛ قضي: «وحيث أن ادعاء المعقب ضده جزائيا أساسه حق شخصي ولصيانة مصلحة خاصة وليست وشاية لصالح الحق العام وأنه لو لم يتقدم المعقب ضده بشكوى للنيابة العمومية لما وقعت إحالة الطاعن مما يجعل التشكي والإصرار عليه عملا إراديا منبعه الخطأ» (قرار تعقيبي مدني عدد 2004، مؤرخ في 12 ديسمبر 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، جزء 1، ص 141)

(4) قضي. «أن الفكرة الأساسية التي انتهجها قانون التأمين تقوم على حظر تغطية الأخطاء القصدية فلا يشمل التأمين الأضرار الناتجة عن غلط يرتكبه المستأمن قصدا أو عن وجه الخديعة» (قرار تعقيبي مدني عدد 29013 صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 15 ماي 1997، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لسنتي 1997-1995، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 1998، ص 28).

(5) حول تعريف كل خطأ من الخطأين والاختلافات المترتبة عنهما في التنظيم، يراجع بعرض: R. Jambu-Merlin, « Dol et faute lourde », *Dalloz* 1955. Chron. pp. 84 et ss.

يصادف ذلك في وضعيتين على الأقل: ممارسة الحق (أ) ومضار الجوار (ب)

أ) الخطأ في ممارسة الحق

يجد الخطأ في ممارسة الحق سنده في الفصل 103 من م ا ع القائل «من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه (فقرة 1). فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة (فقرة 2)»؛ وبوجود هذا التنصيص يكون القانون التونسي قد بت - تشريعيا - في اعتبار ممارسة الحق مما يفتح الباب للتعويض[1]، خلافا لنظم أخرى، ترددت في ذلك، ومنها النظام الفرنسي[2]، خلال القرن التاسع عشر على الأقل[3]

وإذ أقر المشرع التونسي مبدأ التعسف في استعمال الحق كصورة من صور الخطأ الموجب لتعويض المضرة، فهو لم ينج من التأثر بالنقاش

النوع في الأخطاء سواء في المسؤولية المدنية أو في المسؤولية الإدارية، لاسيما ما يهم الخطأ غير القصدي والخطأ الفاحش؛ قضي: «إنه من المستقر في قضاء هذه المحكمة أن مصالح وزارة الدفاع الوطني تسأل عن كل تقصير في تطهير المناطق غير العسكرية المفتوحة لجولان العموم من كل القذائف والمفرقعات المتوقع وجودها سواء رجعت للحرب العالمية الثانية أو لحرب بنزرت وذلك نظرا لما تشكله من خطر يهدد حياتهم» (قرار محكمة إدارية، استئناف عدد 22391، مؤرخ في 28 أفريل 2000، مجموعة قرارات 2000، ص 353)

(1) يراجع في هذا الشأن مؤلف الأستاذين: G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, *Responsabilité civile. Introduction*, LGDJ

(2) حول هذا التردد، يراجع: J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction*, 1ère éd. LGDJ 1977

(3) لا شك وأن لهذا التردد أثره في موقف محرري مجلة الالتزامات والعقود الذين أقروا انضمامهم إلى الفكر القائل بنسبية الحقوق بالفصل 103 والذي يجد مكانه أكثر ضمن العمول الواردة تحت ما أسمته المجلة ببعض قواعد القانون العمومية؛ ولا يستبعد أيضا أن يكون الفقه الإسلامي قد يسر من هذا الموقف حيث أن المنظومة التشريعية الإسلامية ترى بعلوية الحكم الديني عن الحكم القانوني (الفقهي) الذي من الممكن أن يشهد التعارض مع الحكم الديني فيتوجب إخضاعه لحكم الدين.

الذي شهده الفقه بفرنسا خاصة، بين مدافع عن هذا الموقف[1] ومناهض له[2] والذي سوف يؤول - في مجمله - إلى تقييد التعويض عن التعسف في ممارسة الحق عموما بجملة من الأحكام، تتجسم بالقاعدتين الآتي ذكرهما[3]:

فأما من القاعدة الأولى، فتجعل من نية الإضرار بالضحية كافية في التئام التعسف؛ وهو ما يتأيد بطريقة التأويل العكسي لتنصيصات الفقرة الأولى للفصل أعلاه: «من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه»[4]؛

وأما من القاعدة الثانية فتجعل من نية الإضرار بالضحية غير ضرورية لقيام التعسف، لتنصيصها على ما يلي: «فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية (فقرة 2)»[5]؛ وتؤدي الفقرة الأخيرة في الذكر، إزاء بعض الأضرار الفادحة، إلى الأخذ بمعيار آخر، وهو الموازنة - أو الملائمة - بين الحق المتظلم

---

(1) من المدافعين عن مؤسسة التعسف في استعمال الحق كمصدر للإضرار والتعويض L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits)*, 1929.

(2) من المناهضين لفكرة التعسف في استعمال الحق كمصدر للتعويض مطلقا، مكتفيين ذلك بالتناقض. Planiol

(3) حول مسائل التعسف في استعمال الحق، يراجع نذير بن عمو: *L'abus de droit*, Mémoire de DEA, Tunis 1986.

(4) ويرى الفقهاء وأن من الأخطاء ما لا تعسف فيه وبالتالي لا وجه للقيام بتعويض ما ينجر عنها من أضرار، معرفين ذلك بطبيعتها المطلقة؛ ومن ذلك حق الولي في الموافقة على زواج منظوره مثلا. وتبقى جل الحقوق قابلة للتعسف، وعلى رأسها الحق في استعمال التقاضي.

(5) قضي: «الالتجاء إلى القضاء رخصة لا يترتب عليه أي تعويض إلا إذا كان مصحوبا بسوء نية أو بتهور فاحش» (حكم مدني تونس، عدد 515 مؤرخ في 18 ديسمبر 1962، مجلة ق ت عدد 7 لسنة 1963، ص 89-691)؛ وقضي: «اقتضى الفصل 103 من م ا ع أن من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه. على أن الضرر إذا كان فادحا لكن من الممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية» (تعقيبي مدني عدد 2471، مؤرخ في 4 ديسمبر 1934؛ وتعقيبي مدني عدد 9988، مؤرخ في 8 نوفمبر 1955، قضاء وتشريع عادي 9 و10 لسنة 1960، ص 38)

من ممارسته، والضرر المترتب عن تلك الممارسة، ووجود الإمكانية في اجتناب ذلك بأيسر السبل من عدمه؛ فإذا ما كان الضرر بليغا وكان بإمكان صاحب الحق أن يتفاداه ولم يفعل[1] اعتبر متعسفا في استعمال حقه وألزم بجبر ما يترتب عن موقفه من ضرر[2]؛ وهو ما يوسع في مؤسسة التعسف في استعمال الحق[3]، إلى إرساء فكرة نسبية الحقوق[4] وتوظيفها بما يجعلها تؤدي وظيفة اجتماعية لا مصلحة خاصة فحسب... وربما كان ذلك مما أدى إلى نتائج لم يتحسب لها رواد النظرية أحيانا[5].

مجمل القول وأن القصد في إحداث الضرر من الممارس لحقه كاف في قيام مسؤوليته الشخصية والحكم عليه تبعا لذلك بتعويض ما تسبب فيه من ضرر بمناسبة ممارسة حقه[6]، ولكن ذلك غير ضروري لإمكانية ذلك

---

(1) يعد المطلوب بالتعويض متعسفا إذا ما كانت الفائدة من الفعل ضئيلة مقارنة بما يترتب عنها من مضرة للمدعي..

(2) من أوجه التعسف في استعمال الحق أيضا، الانحراف به، وهذا الوجه كثير الانطباق في المسؤولية الإدارية؛ قضي. «وحيث أن استعمال رئيس البلدية لسلطته في مادة رخص البناء لإرغام العارض على إعداد مشروع مقاسمة يتخلى بموجبه عن جزء من أرضه دون مقابل، يشكل انحرافا بالسلطة، الأمر الذي يتجه معه قبول هذا المطعن وإلغاء القرار المنتقد على أساسه» (فقه قضاء المحكمة الإدارية، ابتدائي عدد 15615، مؤرخ في 15 جويلية 1999، مجموعة قرارات الإدارية لسنة 1999، ص 194 وما بعد)؛ وفي اعتقادنا وأنه بالإمكان تطبيق معيار الانحراف بالسلطة، كلما كان ما أسند لشخص سلطة لا حق، ومن صور ذلك في النيابة مثلا...

(3) قضي: «يكون غير قائم على أساس من القانون القرار القاضي بالتغريم من أجل التعسف في الاستئناف دون أن يستظهر أن استعمال المستأنف حقه كان وليد نزعة شريرة أو قد كان القصد منه النكاية أو كان ذلك مبنيا على خطأ جسيم يتساوى والغش» (تعقيبي مدني عدد 5876، مؤرخ في 4 مارس 1969، ق ت عدد 10 لسنة 1969، ص 665-31).

(4) حول النسبية في الحقوق: G. Ripert : «Abus ou relativité des droits». *Rev critique de législation et de jurisprudence*, 1929, pp. 33 et ss.

(5) حول تطور هذه المؤسسة، يراجع: A. Pirovano : « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand ». *Dalloz* 1972. Chron. pp. 67 et ss.

(6) مع التذكير بالموقف الذي يسوّي الخطأ الفادح أو الجسيم بالخطأ القصدي في هذا الشأن؛ قضي: «يكون غير قائم على أساس من القانون القرار القاضي بالتغريم من أجل التعسف في الاستئناف دون أن يستظهر أن استعمال المستأنف حقه كان وليد نزعة شريرا أو كان القصد منه النكاية أو كان ذلك مبنيا على خطأ جسيم يتساوى والغش» (قرار تعقيبي مدني عدد 5876 مؤرخ في 4 مارس 1969، ق ت عدد 10 لسنة 1969، ص 31)

متى كان الضرر الملحق جراء ممارسته لحقه من النوع الفادح وكان بإمكانه أن يتفاداه بدون خسارة ولم يفعل[1].

ب) الخطأ في مضار الجوار

هل يمكن الحديث عن خطأ في مضار الجوار؟ يجوز طرح هذا التساؤل بناء على وجود فصلين بمجلة الالتزامات والعقود، هما 99 و100 المتعلقين بمؤسسة مضار الجوار[2]، فجاء بأولهما «للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المكدرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين في القيام»؛ وجاء بثانيهما: «ليس للجيران القيام بإزالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي»[3].

ومتى وقع الإقرار باعتماد المشرع التونسي لمؤسسة مضار الجوار في الحكم بالتعويض[4]، أصبح من المفيد التأكد من مبنى ذلك إن هو الخطأ أم

---

(1) لا تمنع عبارة «بلا خسارة» الواردة بالفصل 103 من م ا ع من إثارة التساؤل في إمكانية الحكم على صاحب الحق بالتعويض من عدمه متى تعلق الأمر بخسارة يسيرة؛ كما لا يمنع الإقرار بإمكانية ذلك من اعتبار ما هو من قبيل الخسارة وما هو ليس كذلك..

(2) حول مؤسسة مضار الجوار بالقانون التونسي؛ يراجع. صلاح الدين الملولي «Les troubles anormaux de voisinage entre la loi et la jurisprudence» المجلة القانونية التونسية، 1984، ص 175 وما بعد.

(3) وهذان الفصلان يذكران في فحواهما بالفصل 103 المتعلق بالتعسف في استعمال الحق فيعتمد نفس الطريقة في إرساء مبدأ عدم المؤاخذة بالخطأ بين الجيران من جهة، والأخذ بذلك؛ متى كان الضرر أمرا لا محيص عنه (أي لا بد منه) وتجاوز الحد المعتاد حول مؤسسة مضار الجوار بالقانون الفرنسي، يراجع: P. Yocas, *Les troubles de voisinage*, Thèse Paris 1964.

(4) من شروط التعويض أن يتعلق الأمر بمضار جيرة، وهي مسألة راجعة بالنظر لاجتهاد القضاء، عد من قبيل الأجوار الملزمون بالتعويض على معنى الفصلين 99 و100 مجلة الالتزامات والعقود المصانع المكدرة بدخانها عن بعد 15 كيلومترا عن المتضررين (ابتدائية قابس 9925، مؤرخ في 8 جويلية 1985، ق ت لسنة 1986)

الضمان؛ فهل يكتفى، لكي يقع الحكم بالتعويض على أساس الفصلين 99 و 100 أعلاه، بوجود ضرر للقائم بالدعوى، أم لا بد، في ذلك، من إثبات خطأ في جانب المقام عليه.

في حل ما يطرح في مبنى مضار الجوار من التساؤلات يمكن القول بأنه من الممكن أن يرتئي لبعضهم وأن المؤسسة المذكورة لا تعدو أن تكون سوى تطبيقا لمؤسسة التعسف في استعمال الحق، وهو ما يؤول بها إلى نظام هذه الأخيرة؛ فيقع تطبيقها متى توفرت نية الإضرار، وهو خطأ متعمد وعند انتفاء الخطأ بمثل ما ذكر يمكن الرجوع إلى فداحة الضرر، وهو ما يخرج بمؤسسة مضار الجوار من نطاق المسؤولية الشخصية المرتبطة بوجود الخطأ إلى مسؤولية موضوعية تتحرر منه؛ وقد يرتئي للبعض الآخر وأن الفصلين 99 و100 لا يعودان لنية الإضرار تماما، بل يجعلان من المؤسسة التي يرسيانها مؤسسة مستقلة عن الخطأ، مناطها وجود ضرر يتجاوز الحد "الاعتيادي"(1).

ولا يساعد فقه القضاء في الاستقرار على حل ثابت من الحلين المعروضين؛ ولكن الأحكام التي تهم مضار الجوار عامة تكتفي بوجود الضرر المحكم بالتعويض للمتضررين(2)؛ وهذا ما يخرج بالمؤسسة من نطاق الخطأ، ويدرجها في تطبيقات المسؤولية الموضوعية التي لا يقترن قيامها بوجود خطأ في جانب المطلوب(3)؛ وهو الموقف الغالب على ما

(1) وهو الأرجح، وهو ما يحدد مفهوم الضرر لا بالرجوع إلى المتضرر نفسه بل وإلى مقتضيات موضوعية، ومن ذلك مقاييس قوانين المحيط وتراتيبها...

(2) من الأحكام التي طبقت مؤسسة مضار الجوار بالقانون التونسي: ابتدائية تونس عدد 70059 مؤرخ في 2 جانفي 1992 غير منشور؛ ونفس المحكمة عدد 88238، مؤرخ في 20 جانفي 1996 غير منشور؛ ونفس المحكمة عدد 99394، مؤرخ في 3 جوان 1998، غير منشور أيضا. وتتعلق بحالات مستودعات محدثة للضجيج ومؤسسات مصدرة للروائح الكريهة (تربية دواجن).

(3) ولا يمنع ذلك من التساؤل عن مفهوم الضرر غير المعتاد، ومتى يصبح كذلك؟ وهل يرجع في ذلك إلى الاعتبارات الذاتية الخاصة بالمتضرر أم الموضوعية؛ وترى الأستاذة لدى الزيدي مثلا الرجوع في ذلك إلى مفهوم المحيط، فما يعد ضررا لهذا الأخير يعد من مضار الجوار، وما لا يعد ضررا بالنسبة لهذا الأخير لا يعد من مضار الجوار (لدى الزيدي:

يبدو في فكر الفقهاء ممن اهتموا بهذه المسألة بالقانون التونسي(1) أو بنظيره الفرنسي(2).

أما في شروط مضار الجوار فما يبدو فقه القضاء آخذا به عموما وجود ضرر اعتيادي يحدد بالرجوع إلى مقاييس موضوعية، غالبا ما تؤخذ من الأعراف المألوفة(3) ومن قوانين البيئة... إلا أن تكون المضرة على درجة من الخطورة (غازات خطرة(4)) فتجعل من مضرة الجار بجاره فاتحة للمسائلة والتعويض(5)؛ وكل ذلك مما يؤدي إلى استبعاد الحساسية الخاصة من المتضرر في اعتبار ما يلحقه من مضرة، حيث يؤخذ بالشخص العادي

Le règlement du contentieux de l'environnement entre la répression et la réparation, أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية - تونس 2 - سنة 2007-2008، الصفحة 364).

(1) صلاح الملولي: «Les origines d'une responsabilité civile objective : celles des troubles anormaux de voisinage» المجلة القانونية التونسية، عام 2000، ص 299 وما بعدها؛ يراجع كذلك موقف الأستاذ كمال شرف الدين: «Inconvénients anormaux de voisinage» المجلة القانونية التونسية، 1984، ص 610 وما بعدها.

(2) يراجع في هذا الاتجاه: Ph. Brun، المرجع السابق؛ و«Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *Les Petites affiches*, 5 janv. 1994, n° 2 et 7 janv. 1994, n° 3 et 14 janv. 1994, n° 6؛ P. Nicolas «La ... H. Huet ... protection du voisinage », *RTDC* 1976, pp. 683.

(3) قضي: «... الأضرار (التي) لحقت المدعي في مسكنه وأثاثه من مدخنة حمام المدعى عليها قد تجاوزت الحد الاعتيادي الذي يتسامح فيه بين الجيران عرفا وعادة ودخلت تحت طائلة الفصل 99 م إ ع»، (ابتدائية تونس، عدد 15755، مؤرخ في 15 ماي 1975، م ق ت لسنة 1986، مجلة عدد 9، ص 80).

(4) قضي: «وحيث أنه لا يمكن مقارنة التلوث المذكور وخطورته بالتلوث اليومي الذي اعتاد به المواطن والمنبعث من آلات التسخين أو طبخ أو حركة المرور الذي يعد فعلا مضرة عادية لا محيص عنها، أما الضرر المدعى به في قضية الحال فهو ضرر جسيم يجب تلافيه لما له من مساس بصحة الأجوار وراحتهم»، (ابتدائية تونس، عدد 70059، مؤرخ في 2 جانفي 1992، غير منشور).

(5) عد تقاعس رئيس البلدية عن اتخاذ قرار بغلق مستودع (م إ عدد 18384، مؤرخ في 26 فيفري 1999) أو الترخيص لمصنع خياطة (م إ عدد 3044، مؤرخ في 29 جوان 1993) ملوثين ومحدثين للضجيج أخطاء على معنى الفصول 82 و83 من م إ ع (قرارات غير منشورة على حسب علمنا).

في تقدير ذلك[1]، مع العلم وأن أسبقية الاستقرار لمؤسسة ملوثة لا يعد من ظروف الإعفاء في كافة الحالات، إلا أن يكون الموقع مخصصا للمؤسسات الشبيهة[2]...

قسم 2 – نظام تطبيق الخطأ

يستوجب كل خطأ عند تطبيقه من قبل القضاء المتعهد بنتائجه، تحديده[3] (فقرة 1) وتقديره[4] (فقرة 2).

فقرة 1 – تحديد الخطأ[5]

يقتضي تحديد الخطأ مقارعة الفعل الضار بأحكام الخطأ عموما؛ ويمر ذلك بمرحلتين على الأقل: **مرحلة أولى** تستوجب التأكد من قيام الفعل واقعا، وتلك مسألة إثبات، تتم بجميع الوسائل القانونية، اعتبارا إلى أن الخطأ من الوقائع القانونية التي يجوز إثباتها بجميع الوسائل المشروعة من قرائن وسماع شهود وتصريحات الأطراف، وسماع البينة وتوجيه اليمين[6]... **ومرحلة ثانية** تستوجب مقارعة الفعل الضار بالقواعد القانونية المنظمة له والتي يمكن على أساسها وصفه بالخطأ من عدمه وبانتمائه لنوعية أو أخرى.

---

(1) قضي: «إنما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو شخص من أوسط الناس يزعجه ما يزعج الناس ويتحمل ما جرى العرف بتحمله فيما بين الجيران، فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة إليه»، (ابتدائية سوسة، عدد 8580، مؤرخ في 30 مارس 1981، غير منشور).

(2) طبق الفصل 99 من م ا ع ضد مستغل أصل تجاري أقام لافتة كبرى حجبت الرؤيا عن مالك عائق: وطبقت في ذلك أحكام المسؤولية المدنية على ما يبدو (قرار تعقيبي مدني عدد 26009 مؤرخ في 25 أفريل 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 211).

(3) Identification، في التعبير الفرنسي.

(4) Appréciation، في التعبير الفرنسي.

(5) تختلف عملية التعريف حسب رأينا عن عملية تحديد المفهوم (Définition d'une notion)، وعملية تحديد المسئول (Individualisation d'un responsable).

(6) حول هذه المسألة، يراجع: محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، طبعة أولى، 2002، ... ن، 251 وما بعد.

ولا ريب من التدخل، في مرحلتي إثبات الخطأ أولا ومقارعته بالقواعد القانونية المحدّدة لمحتواه ونوعيته ثانيا، جملة من المعطيات، بعضها موضوعي هو من أنظار قضاة الموضوع، لا رقابة عليهم في ذلك من قضاة القانون، وبعضها قانوني، وهو مما يبت فيه نفس القضاة اعتمادا على أحكام قانونية مسبقة[1]، تخضع لمراقبة قضاة القانون؛ وتلك مسألة من أشق ما تشهده مادة المسؤولية، لتداخل معطيات فعلية وأخرى قانونية عند التطبيق، وغياب نظام واضح يميز بين هذه وتلك...

ومتى وقع تحديد الخطأ اعتمادا على مجمل المعطيات سالفة الذكر، أمكن للقضاء أن يقدره.

فقرة 2 – تقدير الخطأ

لا يقع تقدير الخطأ بنفس الكيفية، فما يعتبر خطأ من وجهة نظر هذا الشخص قد لا يعد كذلك من وجهة نظر شخص آخر، وما يعد خطأ بسيطا في حق شخص ما قد لا يعد كذلك في حق شخص آخر، مردّ الاختلاف في التقدير، تعدد الطرق النظرية؛ ولم يمنع التطور في التكوين والثقافة وغيرهما من التوفيق بين كافة الطرق الممكنة، وهو ما يتجلى من خلال الكيفية المعتمدة من القضاء عند التطبيق؛ فالاختلاف النظري إن صح التعبير (عنصر 1)، يقابله تقارب في الواقع التطبيقي (عنصر 2).

عنصر 1 – الاختلاف النظري

يفرز هذا الاختلاف طريقتين بالأساس: ذاتية وموضوعية.

فأما من **الطريقة الذاتية**[2] فتعود في تقدير الخطأ إلى شخص الفاعل نفسه، وإلى قدراته ومؤهلاته الخاصة؛ كأن يكون شابا أو كهلا، ذكرا أو

---

(1) يمكن لهذه الأحكام أن توجد في الأخلاق والقوانين وحتى سلوكيات المجموعات (الأحكام المهنية الخاضعة في مخالفة للمسؤولية التأديبية).

(2) Méthode d'appréciation *in concreto*، في التعبير الفرنسي.

أنثى، مثقفا أو غير مثقف، حساسا أو غير حساس، فتعتبر من قبيل الخطأ لديه ما لا تعتبره لذاك...

وأما من الطريقة الموضوعية[1] فتعود في تقدير الخطأ إلى شخص أنموذج، متوسط في كل شيء: في السن والمؤهلات والمعرفة والفطنة وغيرها من الصفات التي هي للشخص العادي؛ وتذكّر هذه الطريقة بالتمشي الروماني في تحديد ما يعرف بالأب الصالح للعائلة.

عنصر 2 - الواقع التطبيقي

قد لا تؤدي كل طريقة إلى اعتبار الخطأ قائما في كافة الحالات؛ فما يعد من الخطأ حسب طريقة التقدير الذاتية قد لا يعد كذلك حسب طريقة التقدير الموضوعية والعكس صحيح أيضا؛ وهو ما قد لا يرضي أحيانا اعتبارا لجملة من المسائل.

وبالفعل قد تؤدي طريقة التقدير الموضوعي إلى عدم اعتبار الخطأ متوفرا في شخص المطلوب: حال أن له من الدراية بالأمر والمؤهلات ما لا يجبر تصرفه أو امتناعه؛ وغالبا ما يحصل ذلك في وضعيات تكون فيها للمسائل بالتعويض صفة المختص بالميدان؛ ومن الوضعيات أيضا ما يؤخذ فيها بخطأ أحدهم، اعتمادا على أنموذج يعدّ وأنه ملتئم للشخص العادي؛ حال أن المعني بالأمر ليست له الكفاءة اللازمة لمعرفة عواقب فعله، إما لقصور في تكوينه، أو لتعقد في حالته النفسية أو لغير ذلك من الاعتبارات التي قد لا يحصيها عد...

وكل ما ذكر، جعل القضاء يتوخى التوفيق في تطبيق طريقتي التقدير الذاتية والموضوعية على حد السواء، فيعود إلى نمط شخص أنموذج في اعتبار ما صدر عنه من قبيل الخطأ أو لا؛ ولكنه أنموذج من فئة الشخص المطلوب بالتعويض، وهو ما يأخذ بعين الاعتبار لمعطى الاحتراف خاصة

(1) Méthode d'appréciation *in abstracto* في التعبير الفرنسي.

مبحث 2

نسبيّة الخطأ في التأسيس للمسؤوليّة الشّخصية

ما كان للخطأ أن يتقهقر في التأسيس للمسؤولية الشخصية لولا قصوره في تمكين الضحايا من تعويض أضرارهم[1] (قسم 1)؛ وهو ما برر اللجوء إلى مباني أخرى يقع الاعتماد عليها في تحميلهم ذلك، بقطع النظر عن وجود خطأ في جانبهم من عدمه، كما سوف نرى (قسم 2).

قسم 1 - قصور الخطأ

من الوضعيات ما يقصر فيها الخطأ عن تحقيق التعويض فعلا؛ ومما يزيد في ذلك، ارتباط المفهوم المذكور بفكرة الرّدع من جهة (فقرة 1)، وصعوبة العمل به في حالات من جهة أخرى (فقرة 2).

فقرة 1 - ارتباط الخطأ بفكرة الرّدع

يتجلى ذلك في وضعيتين بالخصوص: صدور حكم عدلي يقضي بعدم سماع دعوى الفعل الموجّه للمطلوب (عنصر 1) ووجود فعل يتحمل مسؤوليته الضحية نفسها (عنصر 2).

عنصر 1 - صدور حكم جزائي بعدم سماع الدعوى

كثيرا ما يقوم متضرر بالتعويض أمام القضاء الجزائي بواسطة إجراء يعرف بدعوى القيام بالحق الشخصي؛ وقد يُصدر القاضي الجزائي حكما بعدم سماع الدعوى في جانب المطلوب، فيحتم ذلك التخلي من القضاة الجزائيين، لفائدة القضاة المدنيين، ويقع القيام من المتضررين أمام هؤلاء

(1) بالرغم من وجود حالات كثيرة يعتبر فقه القضاء فيها لقرينة خطأ، سواء بالمادة المدنية أو بالمادة الإدارية؛ وهو ما يتجسم حسب رأينا في حالات المسؤولية عن فعل الغير بالخصوص؛ حول الانتقادات الموجهة للخطأ في التأسيس للمسؤولية المدنية، يقرأ مؤلف الأستاذ: A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, Collection, Etudes juridiques comparatives, 1981.

لجبر ما نالهم من أضرار؛ وما من شك في إمكانية ذلك على الصعيد النظري على الأقل، لوجود فصل هو الفصل 101 من مجلة الالتزامات والعقود المتضمّن أن: «الحكم الصادر من مجلس جنائي بترك سبيل متهم لا يؤثر في مسألة تعويض الخسارة الناشئة من الفعل الذي قامت به التهمة (فقرة 1). وهذا الحكم يجري في صورة سقوط الدعوى بسبب وفاة المتهم أو لصدور عفو عام (فقرة 2)»؛ ومع وجود هذا الفصل، فإن المواقف القضائية يتخللها التململ، السبب فيها توزع الأحكام بين ما يأخذ بفكرة وحدة الخطأين الجزائي والمدني والذي يعدّ وأن الخطأ المدني منعدم متى وقع الحكم بعدم سماع دعوى الفعل الجزائي مقصيا حق المتضرر في التعويض؛ وما يأخذ باستقلالية هذا الخطأ عن ذاك، فيعتبر وأن الحكم بعدم سماع دعوى الفعل الجزائي لا يمنع من توفر الخطأ على الصعيد المدني وهو ما يسمح للمتضرر من القيام بالتعويض.

ولا ريب في شعور القضاء بالنتائج السلبية للموقف القائل بوحدة الخطأين وبانعدام حق المتضرر في التعويض متى أغلق التقاضي الجزائي أو أنه آل إلى أحكام بترك السبيل؛ فاعتمد عديد الطرق في تفادي ما يترتب عن ذلك من وضعيات غير عادلة أحيانا؛ ومن ذلك إقصاء العمل بوحدة الخطأين متى كانت للفعلتين المتبع لأجلهما جزائيا ومدنيا أوصاف قانونية مختلفة هنا وهناك، من ذلك أن يقاضى المطلوب جزائيا لأجل خطأ قصدي، ويقع القيام عليه مدنيا بعد ذلك على أساس خطأ غير قصدي؛ وهو ما يؤدي إلى الإقرار برفض التعويض المدني إلا متى كان القيام على نفس ما قضى به الحاكم الجزائي من وصف: كأن يكون حكمه لأجل فعل متعمد، ويقع القيام مدنيا لأجل ضرر متعمد أيضا، أو يكون الحكم الجزائي لأجل فعل على وجه الخطأ ومدنيا لأجل فعل غير قصدي... ففي مثل هذه الحالات يحرم المتضرر من التعويض[1]...

(1) لقد استطاع فقه قضاء المحكمة الإدارية أن يتجاوز إشكالية الارتباط بالمسائل الردعية، عن طريق بعض المؤسسات القانونية، وخاصة مؤسسة الخطأ المرفقي؛ ويعرف الخطأ المذكور بكونه خلل في تسيير المرفق العمومي (مرفق الصحة، مرفق التعليم...)، فلا يقع التوقف

ولا ريب أيضا في شعور كل من القضاء الجزائي والقضاء المدني خاصة بالنتائج السلبية للاعتبارات الردعية على صعيد التعويض، فتجد الأول يتحرز من الحكم بعدم سماع الدعوى، وتجد الثاني يجتهد في تضييق مجال ما نطق به زملاؤه بالدوائر الجزائية من ذلك، بتضييق نطاق التقيد بما هو ضروري لمنطوق أحكام هؤلاء، واعتبار ما عداه من قبيل التزيد...

ومع كل الوسائل الرامية إلى تمكين الضحايا من التعويض حال صدور أحكام جزائية بترك السبيل، فلا تمنع فكرة وحدة الخطأين الجزائي والمدني من إبقاء مخاطر الحرمان من ذلك والذي كثيرا ما تستفيد به أطراف أخرى مثل شركات التأمين؛ وهو ما جعل البعض من الفقهاء يتطلّع إلى فكرة أخرى، قوامها استقلالية كل خطأ عن الآخر؛ وهذا الموقف في طريقه حسب البعض، نظرا لاختلاف النظرة بين القانون الجزائي والقانون المدني؛

عن وجود خطأ في جانب الموظف، ولا يقام على هذا الأخير في التعويض ولو صدر حكم جزائي بإدانته، بل يعد خطأ الموظف كحجة على خطأ الإدارة (Fait révélateur de la faute de l'administration)؛ وقد أمكن للمحكمة الإدارية أن تطبق المؤسسة المذكورة في عدة قضايا تتعلق بسير مرفقي التعليم والصحة؛ فقضي بالتعويض للمتضررين، ولو مع وجود حكم بإدانة موظف أو أكثر (انظر مثلا حادثة المريض المصاب بهستيريا ليلا، فاختبأ تحت السرير، فركله الممرض ركلة أفقدته الوعي، ولم تقع نجدته حالا فمات، ووقع القيام على وزارة الصحة بالتعويض، ودفع المكلف العام بنزاعات الدولة بمسؤولية العون الشبه طبي الذي أدين جزائيا، فردت المحكمة دفعه، وقضت على الوزارة بتعويض ما نال الورثة من أضرار، مبررة قضاءها بوجود أكثر أربعين مريضا كلهم كانوا ليلتها في كافة عون [illegible] ومعين غير مختص، وفي ذلك خلل مرفقي...)؛ تقضي: «وحيث ثبت من وثائق الملف أن الممرض الذي اعتدى على الهالك كان مكلفا ليلة الحادثة بالإشراف على [illegible] وأربعين مريضا ولم تعين معه الإدارة إلا عاملا واحدا غير مختص وهو ما يعد تقصيرا واضحا من جانبها في توفير الإطار الكافي والكفء للتسيير العادي للمرفق العمومي؛ [illegible] وحيث أن المصلحة كانت تقتضي ليلة حصول الاعتداء على الهالك نسبة مستعجلة للطبيب المكلف بالحراسة وللناظر الليلي وللطبيب رئيس المصلحة؛ وحيث تبين من ناحية أخرى أن الاعتداء على الهالك حصل في ساعة متأخرة من الليل وأن نقله إلى مستشفى [illegible] بمنفلوري لم يتم إلا بعد ظهر اليوم الموالي مما ساهم مباشرة في تدهور وضعيته؛ وحيث شكلت جملة المعطيات السالف بيانها خطأ مرفقيا تتحمل الإدارة تبعاته» محكمة إدارية، عدد 21924، استئناف، مؤرخ في 16 أفريل 1999، مجموعة أحكام إدارية لسنة 1999، ص 388).

وبين ما ينبغي أن يترتب عن ذلك في التطبيق بين قاضي هذا وقاضي ذاك: غاية الأول مقاضاة الفاعلين لأجل أفعالهم المجرّمة، وغاية الثاني تعويض المتضررين عما نالهم جراء هذه الأفعال بقطع النظر عن تجريمها وتوفر عناصر ذلك؛ فالأول يطبق النصوص باعتماد منهجية التضييق، في حين يطبقها الثاني باعتماد منهجية التوسع[1].

عنصر 2 - اعتبار دور الضحية

كثيرا ما يواجه المدعي بفعله، أو فعل منشئه، فيما يطالب به من التعويض؛ وقد يؤدي ذلك إلى حرمانه من جبر ما حصل له من أضرار، كلا أو بعضا[2]؛ ومما يوسع في نطاق الحرمان من ذلك، وأن من الأحكام ما لا

(1) ومن الوضعيات ما لا يحول فيها الحكم الجزائي عن وجود خطأ مدني، مختلف عن الخطأ الذي سبقت المقاضاة جزائيا بشأنه، كأن يكون الفاعل قد قوضي لأجل الاعتداء البدني ثم يقاضى بعد ذلك لأجل مخالفة أحكام العمل؛ قُضيَ: «وحيث يتبين من أوراق القضية وخاصة من البحث الجزائي أنه وإن وقع حفظ الدعوى العمومية في خصوص التهمة الجزائية إلا أنه ثبت من تلك المحاضر أن المعقب ضدها امتنعت من تنفيذ التعليمات الموجهة إليها من طرف رئيسها المباشر بمغادرة مكان العمل الذي حصل فيه الشغب إلا أنها رفضت الانصياع لتلك الأوامر إلى أن جاء أعوان الشرطة وتم إخراجها بواسطتهم الأمر الذي يعد خطأ مدنيا فادحا يبرر إنهاء المعقبة بصورة أحادية العلاقة الشغلية معها وذلك بالضرر اللاحق بالمؤسسة المدة التي استغرقها إحضار الشرطة ولما قضت محكمة الحكم المنتقد بخلاف ذلك تكون قد أساءت تطبيق الفصول المشار إليها مما يتعين معه نقض حكمها على هذا الأساس» (تعقيبي مدني عدد 7483، مؤرخ في 30 مارس 2001، نشرية م ت لسنة 2001، قسم مدني، جزء 2، ص 316).

(2) قُضيَ: «وحيث أن خطأ المتضرر يعتبر سببا من أسباب الإعفاء الكلي أو الجزئي من المسؤولية بحسب نسبة مساهمته في حصول المضرة أو في استفحالها... وحيث أكّد مرافق الهالك صلب محضر سماعه... أن الهالك عمد المجازفة وعبور الجسر على الرغم من مشاهدته تراكم المياه وتدفقها بقوّة فوق الجسر؛ وحيث طالما ثبت اشتراك الطرفين في المسؤولية عن حادث الغرق تغدو محكمة البداية محقة في توزيع المسؤولية بينهما وتحميل المكلف العام بنزاعات الدولة ثلاثة أرباعها مع تحميل الهالك الربع المتبقي...» (القرار الاستئنافي في القضيتين عدد 25727 و25758 بتاريخ 11 جويلية 2007، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2007، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2009، ص 221).

يشترط في فعل الضحية أن يكون خطأ قصديا، بل يُكتفى بأي خطأ ولو كان يسيرا[1] ولو أن صاحبه كان فاقد التمييز أثناء الفعلة[2].

وإذ يمكّن الموقف الرامي إلى مواجهة الضحايا بأفعالها - حسب بعضهم - من حث الكافة على الاهتمام وعدم التقصير، فهو لا ينجو من النقد، لاسيما في حالات تواجه فيها الضحايا بأخطاء مغتفرة، لا مفر لأي كان من الوقوع فيها، خاصة مع ما تشهده الحياة العصرية من تكاثر المخاطر وتكاثفها؛ وهو ما يبرر موقف فقه القضاء المحكوم بهاجس التعويض من أن يضيق من قبول أخطاء الضحايا؛ اعتمادا على ما يقرّه من انعدام لدورها في حصول المضرة المتداعي فيها[3]؛ لاسيما بالمسؤولية الشيئية[4].

(1) قُضيَ: «تفاقم الضرر الناشئ من الجريمة لا يكون موجبا للغرم إذا ثبت الاختيار الطبي وإمكانية تفاديه لولا امتناع المعتدى عليه بدون وجه من موافقته على إجراء عملية جراحية على جسده» (تعقيبي جناحي عدد 4083، مؤرخ في 18 أوت 1965؛ ق ت لسنة 1966، عدد 1، ص 65).

(2) هنالك من المواقف القضائية ما لا يقبل بمواجهة الضحية بفعله إلا متى اكتسى هذا الفعل صفة الخطأ؛ وقُضيَ: «لا مسؤولية على من سقط وسط الطريق طريحا بدون تقصير أو تفريط منه وإنما المسؤولية على من داسه وهو ملقى بالطريق لا قدرة له على القيام (ف ف) تشريك الضريح على الأرض كيف ذكر في المسؤولية المدنية أو الجزائية لا مبنى له» (استئناف تونس عدد 35268، مؤرخ في 13 أفريل 1964، ق ت سنة 1965، عدد 1، ص 62)؛ وقُضيَ: «تشريك القتيل في التسبب في قتله وتحميله قسطا من المسؤولية لا يكون على أساس من القانون إلا إذا أثبت للمحكمة أنه - ارتكب بفعل مادي شيئا من الخطأ؛ - وأنه بارتكابه هذا الخطأ قد ساهم فعلا في الجرم» (تعقيبي جناحي عدد 2371، مؤرخ في 4 نوفمبر 1963، ق ت عدد 3 لسنة 1964، ص 57-107)؛ وقُضيَ: «سرعة السيارة داخل المدينة وأمام المدارس بأكثر من السرعة المحددة يجعل سائقها مخالفا للقانون ومسؤولا بالحادث الذي يرتكبه على بعض الصبية مسؤولية كاملة ما دامت مخالفة الطفل بالسير في المعبد لا ضلع لها في الحادث وبذلك فإن الحكم الصادر على صاحب السيارة بالتعويض لا مطعن فيه» (تعقيبي مدني عدد 4372، مؤرخ في 18 نوفمبر 1981، نشرية م ت لسنة 1982، ص 134).

(3) قُضيَ: «إن سرعة السيارة داخل المدينة وأمام المدارس بأكثر من السرعة المحددة يجعل سائقها مخالفا للقانون ومسؤولا بالحادث الذي يرتكبه على بعض الصبية مسؤولية كاملة ما دامت مخالفة الطفل بالسير في طريق المعبد لا ضلع لها في الحادث، وبذلك فإن الحكم الصادر على صاحب السيارة بالتعويض لا مطعن فيه» (تعقيبي مدني عدد 4372، مؤرخ في 18 نوفمبر 1981، نشرية م ت لسنة 1981، قسم مدني، ص 134).

(4) قُضيَ: «إن وجوب تلازم شرطي الإعفاء من المسؤولية في جانب حافظ الشيء مستمد

فقرة 2 – صعوبة العمل بالخطأ

من الحالات ما يعسر فيها العمل بالخطأ؛ ويترتب ذلك عن صعوبة أثباته في حالات (عنصر 1)، وعسر تحديد الفاعل في حالات أخرى (عنصر 2).

عنصر 1 – صعوبة إثبات الخطأ

الخطأ من الأحداث القانونية لا محالة، وهو ما يسمح للطالب بأن يثبته بجميع الوسائل القانونية المشروعة؛ وما من ريب في تطور دور القاضي في تمكين الأطراف من ذلك، لاسيما مع التئام فكرة أخرى تجاه مبدأ حياد المحاكم، تؤسس إلى نمط الاستقراء في الإجراءات، وهو ما يعطي للقاضي المدني دورا إيجابيا في البحث عن الأدلة وفي تحديدها وتقديرها.

ويتجسم الموقف المذكور أعلاه بالصياغة الحالية للفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية القائل بأن «ليس على المحكمة تكوين أو إتمام إحضار حجج الخصوص»؛ فعبارة «على» تفيد وأن القاضي غير ملزم بالتدخل لا محالة، دون أن تكون العبارة حائلة دون تدخله... وهو ما يجعل العمل القضائي مركزا على فكرة الحقيقة، أكثر من تركيزه على فكرة التقنية التي قد تلتئم لمتقاض ولا تلتئم لغيره.

وتمكين القاضي من البحث في الأدلة، يسمح له بتقمص دور إيجابي إزاء الخطأ؛ فلا مانع من أن يحرر على الأطراف في ذلك، ولا مانع من أن ينتقل على العين ليعاين مظاهره ومخالفاته، ولا مانع من أن يكلف أهل الخبرة للتقصي في كل ذلك وهو ما يتوخى إزاء الأخطاء التعاقدية بالأساس، والتي تتطلب المقارنة بين ما وقع الالتزام به بمقتضى الاتفاق وما وقع تنفيذه في الواقع.

الضرر يجعل من خطأ الهالك مهما كانت جسامته ومهما كان تسببه في حصول الضرر (تسلق عمود حامل للأسلاك الكهربائية ذات الضغط العالي) لا يعفي الحافظ من مسؤولية الشيء الذي هو في حفظه إلا إذا أثبت أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر أي أنه لم يرتكب أي خطأ وحاول درء الضرر بالقيام بفعل إيجابي» (قرار تعقيبي مدني عدد 25936، مؤرخ في 23 ماي 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، ص 203).

ومع كل ما ذكر من معطيات قد توسع فيه، فقد تصادف وضعيات يعجز فيها المدعي عن إثبات خطأ في جانب المدعى عليه، وهي حالة تؤدي إلى تحميله مخاطر الإثبات، وإلى حرمانه وهي نتيجة يمكن أن تعيشها الضحايا في أضرار لا تفلح في إثبات منشئها، وخاصة في ربط ذلك بجهة مسؤولة[1].

عنصر 2 – صعوبة تحديد الفاعل

من الوضعيات أيضا، ما يعسر فيها على المتضررين أن يحددوا، بما لا يدع مجالا للشك، **الجهة المخطئة**؛ وقد يرى البعض وأن الوضعية المذكورة إنما ينطبق عليها ما ينطبق في تعدد الأسباب، ولكنها تختلف عنها، لأن السبب معروف، ولكن لا يتعين له من فاعل، وهو ما يؤسس إلى اللجوء إلى مباني أخرى في التأسيس للمسؤولية الشخصية عموما.

قسم 2 – اللجوء إلى مباني أخرى

هما مبنيان آخران، يؤسس كلاهما للمسؤولية الشخصية كذلك: مبنى تحمل التبعة (فقرة 1) ومبنى الضمان (فقرة 2)

فقرة 1 – مبنى تحمل التبعة[2]

لا يهتم هذا المبنى بالخطأ، طبقا لجملة من الأحكام التي قد يترتب عنها حرمان متضرر من التعويض، وإنما فيمن يستفيد من الوضعية الضارة[3].

---

(1) يبدو فقه القضاء الإداري متحمسا لهذه الوضعية أكثر من نظيره المدني، من خلال تعميم المسؤولية الموضوعية عن أشغال ومنشآت عمومية؛ قضى: "إن مسؤولية الجهة المدعى عليها الراجعة لها المنشأة العمومية تجاه الغير هي مسؤولية موضوعية غير مبنية على الخطأ إذ يكفي لقيامها إثبات الضرر المشتكى منه وقيام العلاقة المادية المباشرة بينه وبين تلك المنشأة العمومية ولا تنتفي المسؤولية إلا إذا كان مرد الضرر قوة قاهرة أو فعل المتضرر" (حكم ابتدائي إداري صادر في القضية عدد 1/ 14972 بتاريخ 2 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 93).

(2) ويقال المخاطر أيضا.

(3) وتلك نظرية المخاطر المفيدة: (Théorie du risque profit).

مآلية التعويض، لولا تقنية التأمين بداية ومؤسسات التغطية الاجتماعية وصناديقها لاحقا.

ومع كل ما ذكر فإن التعويض على أساس الضمان لايخلو من اعتبارات الخطأ[1]، لاسيما ذلك الذي تأتيه الضحية نفسها (الانتحار، التهوّر)، وخطورة بعض الأخطاء[2]،وربما كانت هذه المعطيات مما أجاز لبعضهم أن يتحدث عن طلاق مستحيل بين التعويض والمسؤولية المدنية المبنية على الخطأ[3]...

(1) يحرم من التعويض في إطار قانون 86 لسنة 2005 أعلاه من تعمد إلحاق الضرر بنفسه (انتحار)؛ يراجع الفصل 122 أعلاه.

(2) مما يعتمد عليه قانون 85 لسنة 2005 الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره كسبب مقص للتعويض؛ ويثار هنا جدل حول مفهوم «الخطأ الفادح الذي لا يمكن تبريره (Injustifiable في الصياغة الفرنسية للنص).

(3) يراجع في هذا الشأن مقال الأستاذ: C. Radé: « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *Dalloz* 1998, Chron. pp. 301 et ss.

فصل 4

المسؤولية عن فعل الغير

تقتضي المسؤولية عن فعل الغير أن يقام بالتعويض على شخص (أو مؤسسة) لأجل فعل اقترفه شخص آخر؛ وتختلف النظم القانونية عموما في نوعية المسؤولية المدنية هذه، وذلك بقبول مبدأ عام فيها أو رفضه، وهو الشأن بالقانون التونسي على وجه الخصوص[1]؛ فما يلاحظ بالنسبة لقانوننا مقارنة بمن تأثر بهم من النظم الأخرى في هذا الصدد، تردده بين موقفين متباينين من المسؤولية عن فعل الغير، فاعتمد نظاما عاما يبدو موسعا فيها، منذ سنة 1906، فيما يتعلق بالمسؤولية التعاقدية (مبحث 2)، وأرسى تطبيقات خاصة تبدو[2] مضيقة منها بعد ذلك[3]، فيما يتعلق بالمسؤولية

(1) حول هذه المسؤولية يراجع: Ch. Samaran : « De la responsabilité du fait d'autrui en droit tunisien », *RTD* 1956, pp. 11 et ss.

(2) ارتأينا استعمال عبارة «تبدو» لكون اختلاف القانون التونسي مع نظيره الفرنسي لم يظهر سوى لاحقا، خاصة مع إقرار نظام عام للمسؤولية عن فعل الغير بفرنسا بالميدان التقصيري، من قبل فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بهذه البلاد سنة 1991 مع ما يعرف بقرار Blieck (Ass. Plén. 29 mars 1991, *Dalloz* 1991, Jurisp. p. 324, note Ch. Larroumet, Somm. p. 324, observ. J.-L. Aubert, *JCP* 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 513, observ. F. Chabas : *RTD civ.* 1991, p. 541, observ. P. Jourdain : *Les Grands arrêts*, n° 147 : *Defresnois* 1991, art. 35062, p. 729, observ. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991, p. 312, observ. J. Hauser : *Resp. civ. assur.* 1991, Chron. n° 9 par H. Groutel, *Rev. Franç. Dr. Adm.* 1991, p. 992, note P. Bon)؛ ولكن يجوز التنسيب من الاختلاف، حيث أن ما وقع إقراره من مسؤولية عن الغير بالقرار المذكور (وبغيره من القرارات: Bertrand) قد وقع إرساؤه بالتطبيقات الخاصة لمسؤولية طرف عن فعل غيره بمجلة الالتزامات والعقود التونسية؛ لاسيما موضوع الفصل 93 (جديد) المتعلق بمسؤولية المؤسسات المعهود لها بمراقبة المختبلين...

(3) وقع إرساء تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير بالميدان التقصيري بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 17 سبتمبر 1937 وذلك بتحوير الفصل 93 بمجلة الالتزامات والعقود؛ وقد وقع آنذاك إرساء مسؤولية المراقبين للمختبلين، ومسؤولية الأبوين (الأب في قائم حياته والأم بعد ذلك) عن أفعال أبنائهما ومسؤولية أرباب الصنائع والمعلمين عن أفعال متدربيهم وتلامذتهم؛ ثم وقع تحوير الفصل 93 هذا بمقتضى قانون 95 لسنة 1995، المؤرخ في 9 نوفمبر 1995؛ والذي اعتمد بتقسيم الفصل المذكور فصلين اثنين: الفصل

التقصيرية[1] (مبحث 1).

مبحث 1

تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير بالمسؤولية التقصيرية

تنحصر تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير بالميدان التقصيري في نوعين: الأولى لها صبغة شخصية، يقع تطبيقها بمناسبة أفعال يقترفها الغير (قسم 1)؛ والثانية تضامنية يتحملها شخص مكان آخر (وقتيا !) (قسم 2)[2].

93 (جديد) يتعلق بمسؤولية مؤسسات مراقبة المختبلين والفصل 93 (مكرر) المتعلق بمسؤولية الأبوين (بالتضامن) عن أفعال أبنائهما ومسؤولية الكافلين عن أفعال منظوريهم (وهي حالة جديدة) ومسؤولية أرباب الصنائع عن أفعال مدرّبيهم والمعلمين عن أفعال تلاميذهم؛ وقد كان الفصل 93 م ا ع يقتضي - قبل تنقيحه بمقتضى أمر 17 سبتمبر 1937 - على أن الوالدين وغيرهما من ذي القرابة عليهم ضمان الضرر الناشئ من قريبهم المصاب في عقله الساكن معهم وإن كان بالغا سن الرشد، إلا إذا أثبتوا أنهم راقبوه كل المراقبة اللازمة وأن الطفل الفاقد المميز يجب أن يعتبر كالمعتوه.

(1) قُضي: «وحيث أن المسؤولية التقصيرية القائمة في جانب المتبوع عن فعل تابعه، بقطع النظر عن كون المتبوع ذات معنوية أو شخص طبيعي، وإضافة لانعدام سندها في القانون التونسي من حيث النظرية العامة المؤسسة لها... لا تقوم إلا بتوفر ركنها الخاص بها وهو وجود علاقة التبعية القانونية والمعتبرة علاوة على وجوب الخضوع للأوامر الخاصة للمتبوع في نطاق تنفيذ العمل الموكل له وتضمحل هذه المسؤولية بتوفر الشخصية للتابع» (ابتدائية تونس، عدد 8734، بتاريخ 30/3/2002؛ غير منشور).

(2) يبدو فقه القضاء الإداري مترسّعا في قبول المسؤولية عن فعل الغير أكثر من نظيره العدلي؛ قُضيَ «تكون وزارة الصحة العمومية مسؤولة عن الأضرار الناشئة عن الخدمات التي تسديها الإطارات الطّبّية وشبه الطبية العاملة بالمؤسسات العمومية للصحة حالة كونهم يخضعون إليها من حيث التعيين والنقلة والأجر وباعتبار أن ارتكابهم للأخطاء الموجبة للتعويض ما كان ليحصل لولا ما وضع بين أيديهم من صلاحية المباشرة بمقتضى قرار توظيفهم خاصة وأنهم يحتفظون إزاء المؤسسة الاستشفائية التي يعملون بها بكامل الاستقلال» (حكم ابتدائي إداري عدد 1/ 16220 مؤرخ في 28 مارس 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 75)

قسم 1 - المسؤولية الشخصية عن أفعال يقترفها الغير

يتضمن القانون التونسي تطبيقين للمسؤولية الشخصية عن أفعال يأتيها الغير؛ فأما من الأول فيتمثل في مسؤولية شخصية أساسها خطأ يتجه إثباته في جانب المطالب بالتعويض (فقرة 1)؛ وأما من الثاني، فمسؤولية شخصية أساسها قرينة خطأ في جانب المساءل عن فعل الغير (فقرة 2).

فقرة 1 - مسؤولية عن فعل الغير أساسها خطأ يقع إثباته

يشتمل القانون التونسي على حالة واحدة لمسؤولية عن فعل الغير أساسها خطأ يتجه إثباته، وهي حالة مسؤولية المعلمين عن أفعال تلاميذهم (عنصر 1).

ومع أنها حالة وحيدة، قليلة التطبيق في الواقع[1]، فلا بد من التوقف عند نظامها الذي من الممكن أن يعتمد على وجه القياس في تحديد وضعيات شبيهة (عنصر 2).

(1) يعود السبب في ذلك إلى توجه المتضررين للقيام على المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة التربية والتكوين رأسا اعتمادا على مسؤولية الإدارة طبقا لمقتضيات الفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية؛ قُضيَ «وحيث أن خطأ الإدارة في قضية الحال ثابت وقد تمثل في تقصيرها في القيام بواجب مراقبة ورعاية التلاميذ المحمول عليها وتأمين قيامهم بحصة الرياضة كغيرها من الدروس في أحسن الظروف باعتبار أنها لم تدل بما يثبت إصدارها لتعليمات للمشرفين على حصص الرياضة بضرورة تجنب قيام التلاميذ بالحركات الرياضية على مقربة من الأعمدة التي يمكن الاصطدام بها...» (قرار استئنافي إداري عدد 25981 مؤرخ في 27 جانفي 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 300)؛ وقُضيَ «وحيث أن الحوادث المدرسية سواء حصلت بالقسم أو في ساحة المدرسة تعكس إخلالا في واجب السهر على سلامة التلاميذ وحمايتهم من الأخطار التي يمكن أن تصيبهم أثناء تواجدهم بالمدرسة، ولا تعفى الإدارة من المسؤولية إلا إذا أفلحت في إثبات أنها اتخذت جميع الوسائل الوقائية والاحتياطات الضرورية للحيلولة دون تعرض التلاميذ إلى كل ما من شأنه أن يلحق بهم ضررا» (قرار تعقيبي إداري عدد 39058 مؤرخ في 13 ديسمبر 2008، نفس المرجع، ص 451)

فالفصل 93 (جديد) يرسي مسؤولية المراقبين للمختبلين وعليلي العقل. والفصل 93 (مكرر) يرسي مسؤولية الآباء عن أفعال الأبناء ومسؤولية الأولياء عن أفعال أبنائهم[1] ومسؤولية أرباب الصنائع عن أفعال متدربيهم.

وتنطبق قاعدة الفصل 93 (جديد) عن الأفعال المباشرة التي يأتيها المختبلون وعليلو العقل، لا فرق في ذلك بين ما إذا كانوا رشدا أو قصرا؛ في حين تنطبق مسؤولية الوالدين عن أفعال أبنائهم القصر بالتضامن بين الأب والأم، وعند وفاة أحدهما بمسؤولية الآخر؛ وتنطبق مسؤولية الكافل على من بيده حضانة الولد.

ومتى وقع ذكر الاختلافات بين المسؤولية عن أفعال المختبلين وغيرهم من عليلي العقل ومسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم القصر، فإن ما يجمع بين المسؤوليتين المذكورتين، أكثر مما يفرق بينها: وما يوحد بينهما شرط المساكنة بين المسؤول ومقترف الفعل الضار[2]، مختبلا كان أم ولدا[3] أم طفلا أم متدربا وخضوع جميعها إلى قرينة خطأ في جانب المسائل بالتعويض.

(1) حول هذه المسؤولية بالقانون التونسي، يراجع: البشير العرشيشي «La responsabilité des pères et mères du fait de leur enfants mineurs» مذكرة مرحلة ثالثة في القانون الخاص لسنة 1973؛ وكذلك خديجة بن ممنوق: المسؤولية المدنية للأبوين عن أفعال أطفالهما، مذكرة مرحلة ثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997.

(2) تقضي: «... ولئن لم يعرف الفصل 93 من م ا ع المساكنة فإنه يمكن تحديد معاييرها بأنها تقتضي تواجد الولي أو الحاضن والابن في مكان يمكن معه إجراء المراقبة والحراسة... (و) شرط المساكنة ليس غاية في حد ذاته، وإنما يعتمد باعتباره يحقق الحراسة والمراقبة من الأبوين على الابن والتي لا تنحصر في حالة التواجد المادي في مكان واحد بصفة دائمة ومسترسلة وإنما تقوم كذلك في الحالات الاستثنائية والمتقطعة (إقامة الوالد للعمل بالخارج لا تنفي شرط المساكنة)» (قرار تعقيبي مدني عدد 24892 مؤرخ في 20 نوفمبر 2003، ق ت عدد 9 لسنة 2003، ص 137 وما بعد)

(3) في صورة إسناد الحضانة لأحد الأبوين، فهذا من يتحمل عبء التعويض؛ يمكن استخلاص هذه القاعدة من قول الفصل 93 (مكرر) «وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تنطبق على الحاضن».

ولا يقصد بالمساكنة حسبما يبدو فقه القضاء متجها فيه أن يقطن الفاعل المباشر مع المسؤول عنه، بصفة مسترسلة بل وحتى استثنائية، ولا يشترط أن يكون المسؤول مقيما مع منظوره، بل يكتفى بقدرته على المراقبة، ولو بواسطة غيره[1].

عنصر 2 - وحدة النظام

تجمع بين كافة حالات المسؤولية عن فعل الغير المعنية بالفصل 93 (مكرر) كما رأينا قاعدة الخطأ المفترض في جانب المطلوب بالتعويض والذين هم: المراقب في المسؤولية عن أفعال المختبلين وعليلي العقل[2]، والأبوان في مسؤولية الأبناء، والكافلون في مسؤولية اليتامى وأرباب الصنائع في مسؤولية المتدربين[3].

(1) تقضي في مسؤولية الأبوين عن أفعال ابنهما ما يلي: «... غير أن هذا لا يعني المساكنة المطلقة والدائمة، فالمساكنة الاستثنائية والمتقطعة كافية ليقوم الولي بواجب المراقبة وبالتالي تحمل المسؤولية عن الفعل الضار الذي ارتكبه الطفل ضرورة أن القاعدة في التفصي من المسؤولية ودفعها هو ليس الاستناد على عدم المساكنة فقط وإنما إثبات أيضا استحالة المراقبة والفصل 93 مكرر من م ا ع صريح في ذلك لتأسيسه لقواعد الإعفاء من المسؤولية بإثبات كل المراقبة أو أن الضرر حصل بفعل المتضرر... وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه لما أقرت مسؤولية الأب الطاعن إلى جانب الأم قد أحسنت تطبيق الفصل.. إذ خلافا لما جاء بهذا المطعن فشرط المساكنة ليس غاية في حد ذاته وإنما باعتبارها تحقق الحراسة والمراقبة من الأبوين على الابن والتي لا تقوم بالتواجد المادي في مكان واحد بصفة دائمة ومسترسلة وإنما تتوفر كما وقع بيانه حتى بالحالة الاستثنائية أو المتقطعة كما هو في دعوى الحال إذ أن إقامة الأب بالبلاد الأجنبية لا يعني الإهمال في ذلك ولا يعني غياب سلطته في جانب سلطة الأم...» (تعقيبي مدني عدد 24892، مؤرخ في 20 نوفمبر 2003، نشرية م ت لسنة 2003، قسم مدني، جزء 2، ص 169)

(2) تتأيد قاعدة الخطأ المفترض بمسؤولية المراقبين عن أفعال المختبلين وعليلي العقل من بعض عبارات الفصل 93: «ضمان»، «إن لم يثبت»، «أنه راقبهم كل المراقبة اللازمة»، «أنه كان يجهل الحالة الخطرة للمصاب»

(3) تتأيد قاعدة القرينة المفترضة في مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم من عبارات وردت بالفصل 93 (مكرر) هي: «يجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت...»، وكذلك الشأن في مسؤولية الكافلين عن أفعال اليتامى ومسؤولية أرباب الصنائع عن أفعال متدربيهم.

ولكن، ما يستوجب من افتراض للخطأ في جميع الحالات السالفة في الذكر ليس بالمطلق، حيث يمكن لمن وجد نفسه في حالة مراقبة مختبل أن يتفصّى من المسؤولية، سواء بإثبات جهله للحالة المرضية للفاعل المختبل، أو إثبات أنه راقب هذا الأخير المراقبة اللازمة، ولئن استعمل المشرع عبارة «كل» إلى جانب المراقبة المذكورة، وهو وما يقلل من حظوظ المطلوب في التفصي من التعويض؛ وكذلك الحال بمسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم، ومسؤولية الكافلين عن أفعال منظوريهم ومسؤولية أرباب الصنائع عن أفعال متدربيهم.

يفهم من خلال الفصلين 93 (جديد) و93 (مكرر) حينئذ، وأن المسؤولية عن أفعال الغير من مختبلين وولدان وغيرهم، أساسها قرينة خطأ في مراقبة هؤلاء (لا في تربيتهم أو في تدريبهم)[1]، سواء كانت واقعة المراقبة عرضية أو دائمة، وسواء ترتبت عن التعهد الشخصي للمراقب أو بناء على اتفاق في ذلك[2]؛ وهو ما يفسح المجال لاعتبار غير هؤلاء مسؤولين عن فعل غيرهم، بناء على انتقال المراقبة[3].

(1) تأسيس مسؤولية الآباء والكافلين وأرباب الصنائع على قرينة الخطأ في المراقبة من المتحتم أن يفضي إلى إنهاء العمل بمثل هذه التبريرات في الأحكام: «إذا كانت طبيعة الأفعال التي ارتكبها الصبي والتي ألحقت ضررا بالغير تؤكد بصورة قطعية عدم اعتناء الولي بابنه، فلا يعفى الولي من المسؤولية» (تعقيبي مدني عدد 648، مؤرخ في 19 جانفي 1979، نشرية 1979، قسم مدني)؛ إذ أن عدم الاعتناء قد يحيل إلى معطى الخطأ في التربية والتي لم تعد حسب الفصل 93 مكرر أساس مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم.

(2) انظر: سعاد باباي يوسف: «مسؤولية الأبوين أن من حل محلهما عن الضرر الصادر عن الطفل» ق ت لسنة 1973، عدد 3.

(3) لا يجوز التفصي من مسؤولية الفصلين 93 (جديد) و93 مكرر من م ا ع لو أن مبناها قرينة خطأ في التربية أو في تدريب الطفل؛ فالتربية والتدريب أقوى في أثرهما من المراقبة، حيث أن هذه الأخيرة يمكن أن تنتقل من شخص لآخر، ومن ذلك مدرب آخر في مسؤولية المدربين عن أفعال متدربيهم، ومؤسسة كفالة أخرى في مسؤولية الكافلين عن أفعال الأطفال المجهولي الآباء، والجد أو العم أو غيرهما في مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم. كما يؤدي تأسيس المسؤولية الأخيرة في الذكر على قرينة خطأ في المراقبة إمكانية المطالبة بالتعويض لمن أسندت إليه حضانة الولد، أو من كان مباشرا لها وقت حصول الضرر؛ وهو ما يسمح حسب رأينا بانتقال المراقبة من شخص عينه القانون لشخص بمقتضى الحكم ... الاتفاق (ولد يعهد به إلى جمعية مصايف).

قسم 2 - المسؤولية التضامنية عن أفعال يأتيها الغير

تختلف المسؤولية التضامنية عن أفعال يأتيها الغير موضوع هذه الفقرة عن سابقتها والتي لا تعدو أن تكون سوى مسؤولية يتحملها طرف - شخصيًا - بمناسبة أفعال يقترفها الغير.

ففي الحالة الأخيرة في الذكر يقع اعتبار مسؤولية المطلوب بناء على خطأ شخصي ينكشف بمناسبة أفعال يأتيها الغير، خاصة في مراقبتهم؛ أما في المسؤولية موضوع هذا القسم والتي اصطلحنا عليها بالتضامنية، فإن المطلوب يساءل عن فعل يقترفه غيره، دونما حاجة في ذلك لخطأ يقترفه كمطلوب شخصيا؛ فيبدو تحميله لعبء التعويض عن فعل غيره بمثابة الضمان لهذا الأخير؛ وهو ما يوسع في نطاق المسؤولية عن فعل الغير لا محالة، ولكنه يؤدي إلى إعمال بعض القواعد التي تؤول إلى التضييق في قبول المسؤولية المذكورة[1].

ولم يتضمن القانون التونسي قاعدة عامة تأخذ بما يمكن الاصطلاح عليه أيضا بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه بالعلاقات التقصيرية[2]، وهو ما يعبر بشكل واضح عن تحسّب إزاء هذا النوع من تحميل المرء عبء

(1) يمكن أن نجمل ضمن هذه المسؤولية، مسؤولية المؤسسات الاستشفائية، حيث يجوز القيام على هذه الأخيرة للتعويض بناء على خطئها المرفقي والذي لا يعدو أن يكون سوى خطأ شخصيّا لأحد الأعوان الاستشفائيين مع تمكين الإدارة فيما بعد من الرجوع بالدرك على مقترف الخطأ الشخصي؛ انظر في تطبيقات ذلك القرار الاستئنافي الإداري عدد 25679 و25698 المؤرخ في 16 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات الأطرش بالتعاون مع المحكمة الإدارية، تونس 2010، ص 232 والقرار الاستئنافي الإداري عدد 26120 المؤرخ في 22 ماي 2008، نفس المرجع، ص 244.

(2) قُضي: «الفصل 93 من مجلة الالتزامات والعقود جاء بحصر الأشخاص المسؤولين مدنيا عن فعلهم؛ (وأن) مسؤولية المستأجرين عن عمل أجرائهم تعمد المشرع التونسي إغفالها خلافا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي؛ (وأن) القياس في هذا الموضوع لا أساس له قانونا لأن التعداد الوارد به الفصل 93 المذكور يفيد الحصر». (تعقيبي مدني عدد 2335، مؤرخ في 23 جانفي 1961، ق ت لسنة 1961، عدد 1، ص 1370-52)

فقرة 1 - المبررات المنطقية

من المنطقي أن يتحمل المتعاقد مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها غيره ممن يستلحقهم أو يستعين بهم في تنفيذ التزاماته العقدية؛ ويبرر ذلك بكونه المطالب الأول بتنفيذ العقد؛ وهو ما يدفعه إلى التحري في اختيار ومراقبة من يستلحقهم أو يكلفهم بذلك، حتى يأمن إيقاع الأضرار بمعاقده، لاسيما ببعض العقود، وتجاه بعض الالتزامات[1]، تلك التي تكون من تحقيق النتيجة[2]..

ومن المنطقي أيضا أن لا يتفصى المتعاقد بعمل غيره ممن تدخل لتنفيذ التزامات كان عليه أن ينفذها شخصيا، وتلك الحال في الالتزامات التي يكون لها طابع شخصي بالخصوص؛ وكل ما سبق يساهم في درجة الجودة في تنفيذ المقتضيات التعاقدية عموما؛ وربما كانت هذه المبررات ممّا دفع بالمشرع إلى إرساء المسؤولية المذكورة بالعلاقات التعاقدية صراحة كما سنرى.

فقرة 2 - المبررات النصّية

أهمّها نصّ عام (عنصر 1) والأخرى نصوص خاصة (عنصر 2).

عنصر 1 - النصّ العامّ

يتمثل النص العام المؤسس للمسؤولية المدنية عن أفعال الغير بالعلاقات التعاقدية في الفصل 245 من م ا ع القائل: «المدين مسؤول بما يصدر من نائبه وغيره ممن استعان بهم على إجراء الالتزام كما لو صدر ذلك منه وله عليهم الرجوع حيث يجب قانونا».

ويتضح اهتمام هذا النص بالعلاقات التعاقدية بجملة من الفصول (من 240 إلى 247 بنفس المجلة) ولئن وردت جميعها تحت باب عنوانه «فيما

(1) لاسيما تلك التي لها أثر على سلامة المتعاقدين (بميدان الاستهلاك، خاصة)..

(2) حول هذا المفهوم، يراجع مؤلفنا «دروس في العقد»، مركز النشر الجامعي، تونس 2004.

يترتب على الالتزامات مطلقا»؛ ويتأيد ذلك من استعمال كافة النصوص تقريبا لعبارة عقد، واتفاق، والتزام تعاقدي...

عنصر 2 - النصوص الخاصة

تتمثل النصوص الخاصة المؤسسة للمسؤولية التعاقدية عن فعل الغير في عديد الفصول الواردة بالقوانين المنظمة لبعض العقود؛ وتبقى هنا مجلة الالتزامات والعقود المنجم الأساسي في ذلك؛ ومن ذلك فصولها 774 المتعلق بالأكرية[1]، و845 المتعلق بعقد الإجارة على الصنع[2] و1006 المتعلق بعقد الوديعة[3]، و1129 المتعلق بعقد الوكالة[4]...

قد جاء بكل فصل من هذه الفصول نفس الصيغة تقريبا من أن المتعاقد المباشر مسؤول عما يتسبب فيه غيره ممن يستلحقهم أو يكلفهم أو ينيبهم عنه في تنفيذ مقتضيات العقد الأصلي من نتائج ضارة لمعاقده؛ ولكن العديد

(1) جاء بالفصل 774 م ا ع ما يلي: «إذا أكرى المكتري أو أحال لغيره ما اكتراه بقي ضامنا للمكري في إجراء جميع ما التزم به في العقد ولا ينفك ضمانه إلا في الصورتين الآتيتين الأولى - إذا قبض المكري الكراء من المكتري الثاني أو من المحال له بلا واسطة المكتري الأول ولم يبق لنفسه حق القيام عليه (أي المكتري الأول)؛ الثانية - إذا قبل المكري صراحة التسويغ الثاني أو الإحالة ولم يبق لنفسه حق القيام على المكتري»

(2) جاء بالفصل 845 م ا ع ما يلي: «أجير العمل مسؤول بالتعدي والتقصير الصادرين ممن ينوبه في العمل أو ممن استخدمه أو استعان به كما لو صدر ذلك منه ولا ضمان عليه إذا اضطره نوع الخدمة أو العمل الاستعانة بغيره وذلك بشرط أن يثبت أولا - أنه اجتهد كل الاجتهاد في انتخاب من استعان بهم وفي مراقبتهم؛ ثانيا - أنه فعل كل ما يلزم فعله لمنع الضرر أو تدارك عواقبه».

(3) جاء بالفصل 1006 م ا ع ما يلي: «ليس للمستودع أن يكلف أجنبيا بحفظ الوديعة إلا بإذن صاحبها أو لضرورة متأكدة. فإن سلمها للأجنبي بغير إذن ضمن إلا إذا أثبت أنها لو بقيت تحت يده لتلفت وإذا كان مأذونا بتأمينها عند غيره فلا يضمن إلا إذا اختار الصالح وأذنه بما تسبب عنه الضرر. وللمودع مطالبة ذلك الغير رأسا في جميع الأحوال التي تقتضي مطالبة المستودع الأصلي ويبقى الحق في القيام عليه (أي الأصلي)»

(4) جاء بالفصل 1129 م ا ع ما يلي: «الوكيل مسؤول عمن وكله إلا إذا كان مأذونا بتوكيل غيره بدون تعيين شخص فلا يضمن إلا إذا اختار من لم يصلح أن يكون وكيلا أو اختار الصالح وأذنه بما جلب المضرة أو لم يراقبه إذا كان من الواجب عليه مراقبته بحسب مقتضيات الحال».

من الفصول المذكورة أعلاه توحي ببعض التضييق في قبول المسؤولية المذكورة بالميدان التعاقدي، وهو ما سوف يكون له انعكاس على نظامها[1].

قسم 2 – نظام المسؤولية عن فعل الغير بالميدان التعاقدي

يتحدد نظام المسؤولية عن فعل الغير بالميدان التعاقدي بأساس المسؤولية المذكورة (فقرة 1)، وهو ما يرتب جملة من الآثار ذات الصبغة الشخصية (فقرة 2).

فقرة 1 – أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تبدو المسؤولية عن فعل الغير بالميدان التعاقدي مرتبطة بقاعدتين على الأقل: الأولى، أن يكون الفعل الضار الذي تسبب فيه من شُرّك في تنفيذ مقتضيات العقد خطأ، الثانية أن يكون الطرف الذي استلحق غيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية قد أخطأ في اختيار من استلحقه أو قصر في مراقبته

وتتنزل كل من هاتين القاعدتين من الفصلين 845 و1129 الذين يأخذان بمسؤولية المتعاقد عن الأفعال الضارة لمن استلحقهم أو استعان بهم في تنفيذ التزاماته العقدية حيث أرسى كل منهما قاعدة مسؤولية هذا الأخير، إلا أن يكون مضطرا في انتداب من يُنيبه عنه في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ ولا يعفى المسؤول عن سلوكيات غيره الضارة إلا بإثبات أنه لم يخطئ في اختيار هذا الأخير، ولا في مراقبته، وهو ما يجعل من مسؤولية المعاقد عن أفعال من استلحقه أو استعان به عن تنفيذ التزاماته تجاه معاقده مسؤولية أساسها قرينة خطأ، كما هي الحال في تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير بالمادة التقصيرية، فيترتب عن ذلك جملة من الآثار التي تجعل المسؤولية عن فعل الغير بالمادة التعاقدية تدور في فلك الخطأ كما أسلفنا...

(1) حول نظام المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير بالقانون الفرنسي وما يثيره من إشكاليات هنالك، يراجع: G. Baulet, *La responsabilité contractuelle du fait d'autrui*. Thèse Nice .1977

فقرة 2 – آثار المسؤولية العقدية عن فعل الغير

لما كان مبنى المسؤولية عن فعل الغير خطأ في اختيار من وقعت الاستعانة بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فهي تتضح كمسؤولية لفائدة المتعاقد الآخر، لا لفائدة ذلك الذي استُلحق أو كُلف بتنفيذ مقتضيات العقد؛ ومن ثمة يكون من حق المتعاقد عن فعل غيره الرجوع على هذا الأخير لتحمل كل أو بعض مما عوضه لمعاقده الأصلي[1].

ومع ما للقاعدة المذكورة من المنطقية، فهي لا تخلو من الإجحاف، لاسيما في حالات تكون فيها للشخص المكلف بتنفيذ ما يسائل بسببه صفة الأجير، فيصبح من غير المنصف أن تقع مساءلته بما يتجاوز ما جناه من عمله، ولو كان في تنفيذ عقد هو أجنبي عنه؛ وهو ما يوجب أن يقع الاقتصار في دعوى القيام على المتعاقد الثانوي فحسب؛ إلا أن يقع التنصيص منذ البداية على إمكانية التفصي من المسؤولية من جانب المتعاقد الثانوي، وهو ما يمكن فهمه من الفصلين 774 و1006 المتعلقين تباعا بعقود التسويغ الثانوية وبعقود الوديعة الثانوية...

(1) بالنسبة لإقرار هذه القاعدة، يراجع: الحكم المدني عدد 189، المؤرخ في 2 جويلية 1962 (ق ت لسنة 1962، عدد 9، ص 778-88) والقرار الإستئنافي عدد 57018، المؤرخ في 22 جويلية 1964 (ق ت لسنة 1964، عدد 8، ص 615-53) وجاء بأحدهما ما معناه: المدين مسؤول بما يصدر من نائبه وغيره ممن استعان بهم على إجراء الالتزام كما لو صدر ذلك منه بنفسه وله عليهم الرجوع حيث يجب قانونا

فصل 3

المسؤولية عن فعل الشيء
(المسؤولية الشيئية)

تقتضي المسؤولية عن فعل الشيء (ويقال أيضا المسؤولية الشيئية) أن يقع القيام بالتعويض على شخص لأجل ضرر تدخل في إحداثه شيء ما حسب المفهوم الذي سوف يقع بيانه فيما بعد للشيء بصفة عامة[1].

وخلافا للمسؤولية عن فعل الغير التي تتسم بالتحرز في قبولها، فإن ما يميز المسؤولية الشيئية وجود نظام عام (مبحث 1) وقع التوسع فيه[2] - قضائيا بالخصوص[3]، منذ أواخر القرن التاسع عشر[4] -، بما يجيز التساؤل عن جدوى الإبقاء على الأنظمة الخاصة للمسؤولية المذكورة[5]، سواء

(1) حول المسؤولية الشيئية، يراجع: Ch. Samaran : « La responsabilité civile à raison des dommages causés par les animaux», *RTD* 1957-1958, pp. 22 et ss.

(2) سوف يتقلص العمل بنظام المسؤولية الشيئية بفعل نظم التعويض الموضوعية، وخاصة ذلك موضوع قانون 86 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 والذي يتعلق بإدراج عنوان خامس بمجلة التأمين يخص تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور والذي دخل حيز التنفيذ في غرة جانفي 2006.

(3) يراجع مالك الغزواني: «من فقه القضاء حول المسؤولية الشيئية»، ق ت، لسنة 2001، عدد 5، ص 51 وما بعد.

(4) حول تطور المسؤولية عن فعل الأشياء بتونس، يراجع: محمود حسن. «تطور المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في القانون التونسي والمقارن»، من أعمال ملتقى تأثير القرن العشرين في القانون التونسي الخاص، مجموعة لقاءات الحقوقيين، منشورات كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، أفريل 1998: ص 85 وما بعد؛ الحبيب دحدوح: «L'évolution de la responsabilité civile du fait des choses inanimées en droit tunisien ou l'article 96 du COC à la croisée des chemins»، مجلة دراسات قانونية (كلية الحقوق بصفاقس)، عدد 8 لسنة 2001، ص 131 وما بعد.

(5) لا تشهد المسؤولية الإدارية نظام المسؤولية الشيئية على غرار ما تشهده نظيرتها المدنية، ومع ذلك تمكن فقه القضاء الإداري من تحقيق نفس الحماية للمتقاضين، سواء من خلال المسؤولية الإدارية عن الأشغال العامة، أو المسؤولية العامة عن المرافق الاستشفائية معتبرا المسؤوليتين هنا مسؤولية موضوعية، فقضي: «وحيث أنه من المستقر عليه فقها

بالقانون التونسي، أو بغيره من القوانين التي تأثر بها أو أثر فيها لتحقيق التعويض في هذا المجال (مبحث 2).

مبحث 1
النظام العام في المسؤولية الشيئية

وقع التنصيص على المسؤولية الشيئية عموما بالفصل 96 من مجلة الالتزامات؛ وما يسترعي الاهتمام بهذا الفصل لا يقتصر على محتواه فقط (قسم 2)، بل يتجاوزه إلى ظروف اعتماده كذلك (قسم 1).

قسم 1 – ظروف اعتماد الفصل 96 م ا ع

يذكر الفصل 96 أعلاه بالفقرة الأولى من الفصل 1384 من المجلة المدنية الفرنسية الذي لم يكن في فكر محرريه سوى جملة انتقالية من فصول تتعلق بالمسؤولية الشخصية، إلى فصول تتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير وأخرى تتعلق ببعض الأشياء المعينة على سبيل الحصر، حيث جاءت ناصة على أنه «لا يعد المرء مسؤولا عن فعله الشخصي فقط؛ ولكن عن فعل

وقضاء أن مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن المنشأة العمومية، التي هي في عهدتها وتصرفها، هي مسؤولية موضوعية تتأسس ولو في غياب خطأ في جانب الإدارة ويكفي لانعقادها ثبوت ضرر وعلاقة سببية بين ذلك الضرر والمنشأة العمومية؛ وحيث أن إعفاء الإدارة من المسؤولية سواء كليا أو بصفة جزئية لا يتقرر إلا إذا أفلحت في إثبات أمر طارئ أو قوة قاهرة أو في إقامة الدليل على أن الأضرار المطلوب جبرها مردها خطأ المتضرر نفسه؛ وحيث لم يفلح المكلف العام بنزاعات الدولة في إثبات أن الإدارة التابعة لها المنشأة العمومية مصدر الضرر في قضية الحال بذلت كل ما في وسعها لتجنب حصول مثل هذا الضرر بالحرص على تفقد وصيانة جهاز المصعد بصفة دورية وبوضع لافتة تنبه إلى كونه معطبا وإلى خطورة وتحجير استعماله على الأشخاص وبالتحديد على الطلبة، وبالتالي فهي تتحمل بمفردها مسؤولية وقوع الحادث...» (حكم ابتدائي إداري عدد 16313، مؤرخ في 26 جانفي 2001، قرارات المحكمة الإدارية لسنة 2001، ص 23 وما بعد)؛ مثله الحكم الإداري عدد 1/ 14972 مؤرخ في 2 أفريل 2008، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2008، منشورات مجمع الأطرش والمحكمة الإدارية، تونس 2010، ص

٥٤

الأشخاص التي يتحمل مسؤوليتها، والأشياء التي يحفظها» يلي ذلك تعيين الأشخاص والأشياء التي يمكن لشخص أن يُسأل لأجلها[1].

وقد استغل فقه القضاء الفرنسي الفقرة المذكورة ببعض قضايا التعويض المرفوعة من المتضررين في آخر القرن 19[2] - خاصة تلك التي جدت فيها الأضرار بفعل آلات وتجهيزات على ملك الغير -، مقتديا في ذلك بما اقترحه بعض الفقهاء آنذاك (صلاي[3] وآزمان[4] وجوسران[5])، سادًا بذلك ثغرة هي من أخطر ما اتضح بالمجلة المدنية خلال تلك الفترة، لاسيما مع ما كان يهيمن بالفكر القانوني خلال نفس الفترة من تقديس للفصول.

ولا ريب في ظهور هذه القضايا وإشكالياتها في زمن كانت مجلة الالتزامات والعقود بصدد الصياغة، فرأى محرروها أن لا يقتصروا على جملة انتقالية، بل خصوا المسؤولية الشيئية بنص مستقل، هو الفصل 96 أعلاه الذي جاء ناصا في صيغة عامة «على كل إنسان ضمان الضرر الناشئ مما هو في حفظه إذا تبين أن سبب الضرر من نفس تلك الأشياء إلا إذا أثبت ما يأتي: أولا – أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر؛ ثانيا أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه»؛ ولئن يستقل الفصل 96 هنا في تطوره عما سوف يعيشه نظيره 1384 فقرة أولى، بل أن التطور الذي شهده هذا سوف ينعكس على محتوى ذاك؛ فكيف ذلك؟

(1) L'article 1384 § 1er Civil français dispose : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des faits que l'on a sous sa garde ».

(2) كانت أولى هاته القضايا حادثة *Teffaine* المقضي فيها من قبل الدائرة المدنية الأولى لمحكمة التعقيب الفرنسية. Civ. 16 juin 1896, Dalloz 1898. 1. 433, note Saleilles, concl. Sarrut ; Sirey 1897. 1. 17, note P. Esmein. وقد وقع في هذا القرار الإقرار بمسؤولية مؤجر عن وفاة أجير نتيجة انفجار سخان عربة حال أن السبب في الحادث عيب بالسخان، دون خطأ تم إثباته على المسؤول.

(3) إن Saleilles هو من علق على قرار *Teffaine* بدورية Dalloz.

(4) Esmein هو من علق على قرار *Teffaine* بدورية Sirey.

(5) L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

قسم 2 – محتوى الفصل 96 م ا ع

يتضمن الفصل 96 أعلاه مسألتين لهما أهمية في تحديد نظام المسؤولية الشيئية التي يقرّها: شروطها من جهة (فقرة 1)، وقوتها من جهة أخرى (فقرة 2).

فقرة 1 – شروط المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96

هما شرطان بالأساس: الشيء، ويؤدي إلى اشتراط فعل الشيء (عنصر 1)؛ والحفظ ويوجب تحديد الحافظ (عنصر 2).

عنصر 1 – الشيء وفعله

لم تفلح المحاولات التي استهدفت نظير الفصل 96 م ا ع بفرنسا (الفصل 1384 فقرة أولى من المجلة المدنية الفرنسية) من تضييق مفهوم الشيء إلى ما له حركية خاصة، قصدا في إخراج ما يحرك بيد الإنسان من نطاق المسؤولية الشيئية: فالشيء موضوع الفصل 96 هو كل شيء: عقارا[1] كان أم منقولا، محسوسا كان أو غير محسوس[2]؛ عدا ما استثني بنص آخر، وهو شأن الحيوانات موضوع الفصل 94 بنفس المجلة، والعقارات المتداعيه للسقوط موضوع الفصلين 97 و98 بها.

وبالفعل أمكن لفقه القضاء الفرنسي أن يعتبر من قبيل الأشياء ما لا يلمس (كالدخان)، وما يلمس، كالسوائل وسائر الأشياء الملموسة، كبر حجمها أو صغر (جليد، شفرة حلاقة، سيارات...)؛ بل وتجد من اعتبر وأن الآدمي شيئ، متى التحم بشيء، وهي صورة راكب الدراجة العادية الذي

(1) اعتمد على الفصل 96 م ا ع بمناسبة حديقة (يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 2519، مؤرخ في 14 ديسمبر 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، جزء 1، ص 154)؛ وإذ لم يقع تطبيق الفصل المذكور في الحادثة المذكورة، فليس لكون الحديقة لا تشكل شيئا على معنى الفصل 96 المذكور، وإنما لانعدام الرابطة السببية بين الحديقة المتداعى بشأنها والضرر المزعوم.

(2) Ch. Réunies, 13 février 1930 (*Jand'heur*), *Dalloz périodique*, 1930, 1, p. 57, rapport Le Marc'Hadour, conclusions P. Matter, note G. Ripert, *Sirey* 1930, 1, p. 121, note P. Esmein ; *Les grands arrêts*, n° 122.

ارتكب بحكم ارتطامه بجسم آخر فألحق به ضررا؛ وهو ما يمكن أن ينطبق على معنى الفصل 96 من م ا ع أيضا.

وما يشترط في الشيء، حتى يوجب التعويض، أن يكون مسببا في إحداث الضرر، أي أن لا يبقى سلبيا[1] بل إيجابيا في ذلك[2]؛ ويستخلص فقه القضاء الدور الإيجابي للشيء في حصول المضرة من عبارة «من نفس تلك الأشياء» الواردة بالفصل 96 م ا ع نفسه[3]؛ ولا يشترط في التدخل أن يتجسم بحركية الشيء وبالتحامه بالعنصر المتضرر[4]، بل يمكن استخلاصه من الموضع غير العادي للشيء[5] بقطع النظر عن وجود التحام من عدمه، وهو ما يبت فيه القضاء[6]؛ وتبدو المحاكم مستقرة على وجود قرينة مفادها

(1) M. Vray : « A propos d'un petit bonhomme prématurément enterré : le rôle passif en matière de responsabilité du fait des choses », *Gaz. Pal.* 1968, Doctrine p.131.

(2) Rôle causal de la chose.

(3) قُضيَ: «يستفاد من عبارة «من نفس تلك الأشياء» الواردة بالفصل 96 من م ا ع أن ضمان الضرر لا يحمل على الحافظ إلا بشرط أن يكون ناشئا عن الأشياء مباشرة وفي وضعية ناشطة» (قرار تعقيبي مدني عدد 33068، مؤرخ في 18 أفريل 2009، نشرية م ت لسنة 2009، قسم مرافعات ومدني، جزء 1، ص 207؛ ويتعلق القرار المذكور بضرر يتمثل ألمّ بطفل صعد خلاطة إسمنت فانقلبت عليه وقتلته؛ وقد حكم قضاة الموضوع بالتعويض لورثة الطفل على أساس الفصل 96 م ا ع فتعقبه مالك الخلاطة بناء على أن الشيء كان في مكان مسيّج وأن الطفل هو من تسلق السياج وصعد الخلاطة؛ وقد أصدرت محكمة التعقيب قرارها بالنقض بناء على ما رأته من أنّ «... تصريح المحكمة بأن المتضرر توصل إلى الآلة بطريقة عادية، دون أن تتثبت من أنه لم يتسلق السياج حقيقة أو أنه لم يدخل الساحة خلسة أو بطرق ملتوية تجعل حكمها ضعيف التعليل مما يتعين معه قبول هذا المطعن».

(4) قُضيَ: «يستفاد من عبارة نفس تلك الأشياء الواردة بالفصل 96 م ا ع أن ضمان الضرر لا يحمل على الحافظ إلا بشرط أن يكون ناشئا عن الأشياء مباشرة وفي وضعية ناشطة» (تعقيبي مدني عدد 9350، مؤرخ في 2 نوفمبر 1972، نشرية م ت لسنة 1972، ص 52)...

(5) Emplacement anormal de la chose: في التعبير الفرنسي؛ من الوضع غير العادي، وجود سيارة بمكان غير معد لذلك، أو موقع يحجب الرؤية على بقية مستعملي الطريق، أو وجودها بمكان غير مضاء، أو أن مدرجا غير محمي، أو بابا من البلور الهش أو حفرة غير معلم عنها بالطريق... خلاصة القول وأن شيئا غير متحرك يمكن أن يكون شيئا مسببا في الضرر...

(6) قُضيَ: «يجب لقيام المسؤولية عن فعل الأشياء أن تقوم رابطة سببية كافية بين الضرر والشيء أي يجب إثبات أن الشيء تدخل في حصول الضرر فإذا انعدمت هذه الرابطة

وأن للشيء دور إيجابي في الضرر متى كان من عناصر الواقعة (وجود سيارة في حادث مرور)، وأن على من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدّعيه[1]، لاسيما في حالات يكون فيها تدخل الشيء ناشطا بطبيعته في حصول المضرة (سيارة إزاء مترجل[2]).

عنصر 2 – الحفظ والحافظ

الحفظ هو الشرط الثاني في المسؤولية الشيئية موضوع الفصلين 96 م أ ع و1384 م ف؛ ويتكون بجملة من العناصر (أ) تؤدي إلى تحديد مفهوم الحافظ المتحمل لوزر المسؤولية المذكورة (ب).

السببية وثبت أن الشيء لم يتدخل إطلاقا في حصول الضرر انتفت أركان المسؤولية الشيئية ولم يعد بالإمكان القيام على أساسها لطلب التعويض» (تعقيبي مدني عدد 2519، مؤرخ في 14 ديسمبر 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، جزء 1، ص 154)؛ وقضي أيضا: «... وحيث يؤخذ من الوقائع الثابتة بالملف والتي لا نزاع فيها بين الطرفين أن الضرر المطالب بالتعويض عنه ناتج عن تسرب المياه المتجمعة بحديقة منزل المعقب عليهما وبذلك يتضح أن هذا الضرر لم ينشأ عن حديقة المعقب عليهما وبذلك يتضح أن هذا الضرر لم ينشأ عن حديقة المطعون ضدهما في حد ذاتها على معنى الفصل 96 المشار إليه وبالتالي فإنه لا وجود لأي علاقة سببية بينهما وبالتالي فإن محكمة القرار المطعون فيه لما اعتبرت أن الاختبار أثبت أن الأضرار تعزى إلى ترك المستأنف عليهما لحديقتهما بحالة إهمال وعدم قيامهما ببناء حائط يفصل الحديقة عن منزل الطالب وأن أركان المسؤولية الشيئية غير متوفرة لعدم قيام عنصر الشيء المتسبب في المضرة ذلك أن الضرر ناتج عن خطأ يتمثل في عدم القيام بما يجب القيام به من طرف المستأنف ضدهما الآن لمنع الأضرار وهو ما يندرج تحت طائلة الفصل 83 م أ ع تكون بذلك قد أعطت لواقع النزاع مدلوله الصحيح وأقامت قضاءها على أساس سليم من الواقع والقانون دون خطأ أو تحريف...» (قرار تعقيبي مدني عدد 2519، مؤرخ في 14 ديسمبر 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، جزء 1، ص 154).

(1) قُضي: «وحيث أنه لا خلاف أن الأضرار المطلوب تعويضها حصلت للسيارة المتضررة عند صدمها من طرف السيارة المؤمنة لدى المعقبة فيعتبر الضرر حاصلا منها حتى يثبت خلافه» (تعقيبي مدني 15395، مؤرخ في 27-6-2002).

(2) قُضي: «... وحيث لا جدال في أن المتضرر وهو مترجل صدمته السيارة المؤمنة لدى الطاعنة ويعتبر الضرر تبعا لذلك صادرا عنها حتى يثبت خلافه وأن أساس القيام سنده الفصل 96 من م أ ع وأسانيد الضمان الناشئ عن حفظ الشيء وقد أحسنت محكمة الحكم ... الفصل...» (تعقيبي مدني عدد 12336، مؤرخ في 31/1/2002).

أ) عناصر الحفظ

ترد عناصر الحفظ إلى: استعمال الشيء ومراقبته[1].

ولا ينحصر عنصر استعمال الشيء في المفهوم المادي، أي في وضع اليد عليه، وإنما في استغلاله للفائدة؛ أما عنصر توجيه الشيء، فيؤخذ في المفهوم القانوني وهو ما يؤدي إلى ربط الحفظ بالجهة المصدرة للأوامر لا بتلك التي تتولّى تنفيذها، وهو ما يحصر عنصر الحفظ في المتبوع ويستبعد من شخص التابع[2] (إلّا أن يكون هذا الأخير قد خرج باستعمال الشيء لأغراضه الخاصة).

وأما عنصر مراقبة الشيء، فيؤخذ بطريقة نظرية لا فعلية، وهو ما قد يؤدي إلى ربط الحفظ بمن له القدرة على المراقبة، لا بمن يتولاها واقعا، وهو ما يقصي من مفهوم الحفظ أشخاصا غير مميزة هي مناط مراقبة، من مثل المختلين عقليا والأبناء[3].

---

(1) عادة ما تقدم بكونها ثلاث: استعمال الشيء وتوجيهه ومراقبته. رددناها إلى اثنين لأن المراقبة تستوجب التوجيه.

(2) قُضي: «إن الحفظ القانوني المشار إليه بالفصل 96 من م أ ع يحمل أصحابه على حافظ الشيء لأنه المتحكم في استعماله لأغراضه الخاصة ولذلك لا يعتبر التابع المأمور حافظا للشيء الذي يستعمله بإذن مخدومه وتحت إشارته ... (في) عقود العمل على ما استقر عليه الاجتهاد تفيد ارتباط العامل بصاحب العمل وتبعيته له فيما كلفه إذ به يعمل تحت أوامره ويشتغل تحت إشرافه ورقابته ولذلك فهو مأمور لا تحمل عليه مسؤولية الحفظ القانوني» (تعقيبي مدني عدد 6833، مؤرخ في 25 جوان 1970؛ نشرية م ت لسنة 1970، ص 118 وكذلك بالقضاء والتشريع، لسنة 1971، عدد 6، ص 73)...

(3) يختلف موقف فقه القضاء الفرنسي في هذه النقطة حيث ترى محكمة التعقيب الفرنسية أن عناصر الحفظ لا تتطلب التمييز؛ وهو ما طبقته فيما يتعلق بالحافظ المجنون في مرحلة أولى (Civ. 2e, 18 déc. 1964, *Trichard*, *Dalloz* 1965, 191, concl. Schmelck, note P. Esmein; *JCP* 1965, II, 14304, note N. Dejean de la Bâtie) وبالنسبة للقاصر غير المميز في مرحلة لاحقة (Ass. plén. 9 mai 1984, Gabillet, *Dalloz* 1984, 525, concl. Cabannes, note F. Chabas; *JCP* 1984, II, 20255, note N. Dejean de la Bâtie).

ب) مفهوم الحافظ

يؤدي مفهوم الحفظ إلى تحديد من تتوفر فيه صفة الحافظ[1] حسب المسؤولية الشيئية[2].

وقد ظهرت في هذا الشأن جملة من النظريات التي ترمي جميعها إلى الاستقرار على المفهوم المذكور؛ وما كان لهذه النظريات أن تظهر للوجود لولا فكرة مفادها عدم قابلية الحفظ للتوزيع.

وأما من نظريات الحافظ، فأهمها اثنتان: أحداهما تميز بين الحافظ القانوني والحافظ المادي؛ والأخرى تميز بين ما يمكن تسميته بحافظ الهيكل (أو حافظ التركيبة) وما يمكن الاصطلاح عليه بحافظ الموقف.

والنظرية التي تميز بين مفهومين في الحافظ (قانوني ومادي)، تعتبر في الأول المالك للشيء، فتجعل منه الحافظ، وذاك المبدأ[3]؛ وتعتبر في الثاني من كانت بيده عناصر الحفظ أثناء وقوع الحادث الضار، وهو الاستثناء؛ وقد اجتهد الفقهاء في استغلال التمييز المذكور في واقعة حصل فيها ضرر من سيارة لم تكن أثناء الحادث في تصرف مالكها (*Franck*) بل سارقها (*Connot*)[4]؛ وقد ارتأى فقه القضاء الفرنسي -بعد تردد- تغليب الاعتبارات المادية على القانونية[5]، ومنه نظرية الحفظ المادي عن نظرية

---

(1) وهناك من يستعمل عبارة «الحارس»: يراجع تيجاني عبيد: «مسؤولية حارس الأشياء»، م ق ت لسنة 1984، عدد 7؛ وفي فقه القضاء، يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 31822، مؤرخ في 4 جوان 2004، (نشرية م ت لسنة 2004، قسم مدني، جزء 2، ص 195)

(2) حول مفهوم الحافظ: تراجع. لطيفة الخالدي. تحديد الحافظ المسؤول عن فعل الأشياء»، مذكرة مرحلة ثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1992.

(3) المالك هو من يجمع في غالب الأحيان عناصر الحفظ في شخصه.

(4) Ch. Réunies, 2 déc. 1941, *Dalloz critique* 1942. p. 25, note Ripert, *Sirey* 1941. I. p. 217 note H. Mazeaud, *JCP*. 1942. II. 1766. note J. Mihura

(5) يقول السيد P. Jourdain في هذا الصدد: «Avec l'arrêt *Franck*, la garde se 'factualise'; elle suppose l'existence d'une maîtrise effective de la chose et un pouvoir réel et concret de surveillance» (*Les principes de la responsabilité civile*, p. 95).

الحفظ القانوني[1]، اعتبارا لجملة من المعطيات، ومنها الإنصاف[2]؛ خلافا لفقه القضاء التونسي الذي يبدو مرجحا لنظرية الحفظ القانوني؛ وهو ما يتدعم بموقف الدوائر المجتمعة من إقصاء التأمين (بناء على استثناء ذلك بالعقد) عندما يكون سائق السيارة الصادمة غير مأذون له في استعمالها[3]؛ إلا أن يكون الشخص المقترف للحادث من منظوري المسئول المدني[4]

---

(1) قضي: «تتوفر المسؤولية الناتجة عن حفظ الشيء إذا أثبت أن ذلك الشيء تحت إدارة ومراقبة وتصرف صاحبه ولو لم يكن مالكا له» (تعقيبي مدني عدد 2569، مؤرخ في 10 أكتوبر 1963، ن م ت لسنة 1964، ص 83).

(2) ليس من الإنصاف إلزام شخص بمضرة مأتاها شيء لم يكن تحت تصرفه زمن إحداث الضرر...

(3) قضي: «القيام التأمين وإلزام شركة التأمين بالتعويض لا بد أن يتوفر شرطان متلازمان أولهما حصول الضرر وثانيهما أن يكون الذي قام به مؤمنا أي مكتتبا لعقد التأمين ومالكا للعربة أو كل شخص مكلف من مالكها بحراستها أو سوقها وبانعدام هذا الشرط يكون التأمين منعدما ولا يمكن طلب التعويض إلا مباشرة من المتسبب في الضرر غير المغطى بالتأمين» (قرار تعقيبي مدني عدد 5049 مؤرخ في 26 أفريل 2007، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لسنتي 2008-2007، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية).

(4) قضي: «وحيث ثبت من الأبحاث وأن السائق (السارق لسيارة أبيه) في قضية الحال وإن كان هو ابن المؤمن إلا أن والده لا يتحمل مسؤولية مدنية من أجله إذ هو راشد في تاريخ الحادث ولم يكن أجيرا عند والده ولم تثبت المحكمة من جهة أخرى ارتكاب الأب أي خطأ في حفظ أو حراسة السيارة حتى يكون الأب مسؤولا بخطئه في حفظ السيارة وبالتالي فإن الاستثناء من الضمان المتمسك به من طرف شركة التأمين والمشترط بالعقد فاعل صحيح وكان من واجب المحكمة القضاء بصحته» (قرار تعقيبي مدني عدد 29013 صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 15 ماي 1997، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لسنتي 1997-1996، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 1998، ص 28)؛ يفهم من هذا القرار وأنه لو كان السائق قاصرا أو أنه كان أجيرا لدى والده لأقصي العمل بالاستثناء المدرج بعقد التأمين والذي يستبعد التغطية في صورة سرقة السيارة أو سياقتها بدون رخصة، حيث سن التأمين لمصلحة المسؤول المدني أيضا لكي يتمتع بالتغطية عندما يتولى منظوره أو متبوعه إتيان خطأ يؤاخذ عليه

النظرية التي تميز بين حفظ التركيبة[1] وحفظ التصرف[2]، ابتدعها الفقهاء (الفرنسيون)[3] بمناسبة واقعة الغاز السائل[4] التي نشأ ضررها عن قارورة غاز بمناسبة نقلها؛ فارتأى لفقه القضاء الفرنسي وأن الضرر في الحادثة المذكورة منشؤه صناعة القارورة لا نقلها، منتهيا إلى حفظ صانعها لا ناقلها؛ وهو موقف طبق بالنسبة لأضرار يكون منشؤها أشياء لها ديناميكية ذاتية[5]، غالبا ما تكون محكمة الغلق، مثل قارورات المشروبات الغازية، أو الآلات «الكهرومنزلية»؛ وهو ما يتطلب من القضاء المتعهد بالنزاع ـ في كل مرة ـ البحث عن سبب الضرر، إذا ما كان من الشيء نفسه أم من مناولته[6].

وأما من الفكرة القائلة بعدم قابلية الحفظ للتوزيع، فنتيجتها عدم إمكانية الأخذ بحافظين إزاء نفس الشيء[7]، وهو ما يؤسس إلى قاعدة مفادها وأن

(1) Garde de la structure، في التعبير الفرنسي.

(2) Garde du comportement، في التعبير الفرنسي.

(3) حول هذه النظرية، يراجع: B. Goldman : La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées, Thèse Lyon, 1946 ; du même auteur : « Garde de la structure et garde du comportement », Mélanges P. Roubier, t. 2, pp. 51 et ss. ; A. Tunc : « Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées », JCP 1957, I, 1384 ; P. Dupichot : La garde de la structure et la garde du comportement dans la responsabilité, Thèse, Paris XII, 1984.

(4) يراجع القرار: Civ. 2ème, 5 janv. 1956, Oxygène liquide, Dalloz 1957, 261, note Rodière ; JCP 1956, II, note R. Savatier.

(5) Dynamisme propre، في التعبير الفرنسي.

(6) وقع انتقاد هذه النظرية من قبل الفقهاء الفرنسيين بالقول أنها تساهم في تعقيد مفهوم بعدُ معقد، مقترحين الاكتفاء بنظرية الحفظ القانوني، لكون المالك للشيء غالبا ما يكون مؤمنا، هذا إن لم يكن مجبرا على التأمين بحكم القانون؛ وربما جازت الانتقادات بفرنسا لاتساع ظاهرة التأمين، وهو ما يختلف ببلادنا، حيث غالبا ما يكون مؤمنا صانع الشيء، وهو ما يبرر حسب رأينا الإبقاء على التفرقة ببلادنا...

(7) لا يعتد فقه القضاء بنظرية الحفظ المشتركة (La garde en commun) في قيام أحد المتضررين من يمكن مواجهته بحفظ الشيء مع الغير على بقية الحافظين (صورة المتضرر من أداة رياضة الفريق: كرة، هوكي...)، ولا بقبول المخاطر (Acceptation des risques) في المسؤولية الشيئية، إلا أن يكون الخطر غير عادي (Anormal)؛ وهنالك اتجاه (أقلع عنه فقه القضاء الفرنسي) نحو عدم الاعتداد بالمسؤولية الشيئية في العلاقات الحسبية (Relations de courtoisie) والتي من صورها النقل المجاني، مبرر ذلك مرة أخرى بمشاركة المتضرر

الحفظ لا يكون جماعيا، بل تناوبيا[1]، فيؤدي ذلك إلى انتقال الحفظ من شخص لآخر[2]؛ ومن صور الانتقال، أن يكون الحافظ قد تسلم عناصر الحفظ، لمدة قد تطول[3] وقد تقصر (صورة الحفظ العرضي[4])، سيان في ذلك أن يكون الانتقال قد حصل خارج الأطر القانونية (باستعمال القوة أو الحيلة)[5]، أو داخلها (ومن صورها التصريح الاختياري أحيانا[6] والاتفاق أحيانا[7])؛ إلّا أن يُبقي (المالك أو غيره) لديه سلطة توجيه الشيء الضار، وهي الحال في علاقة التبعية.

فقرة 2 ـ قوّة المسؤولية الشّيئية موضوع الفصل 96

ترتبط قوة المسؤولية الشيئية بمبناها، وتلك مسألة خاض فيها الفقهاء (الفرنسيون بالخصوص) منذ أربعينات القرن العشرين[8]، ويحق للفقهاء التونسيين الخوض فيها اعتبارا إلى صياغة الفصل 96 م ا ع لحد اليوم؛ وقد اعتمدت (من قبل القضاء أيضا) عديد المواقف، أفرزت مختلف المصطلحات التي هي مما تختلط به الأفكار.

(1) القاعدة تقليدية في فقه القضاء الفرنسي: La garde n'est pas cumulative, mais alternative ; Civ. 30 déc. 1936, *Dalloz périodique* 1937, I, p. 5, rapp. L. Josserand, note R. Savatier ; *Sirey* 1937, I, p. 137, note J. Mazeaud.

(2) N. A. Pétano : « L'incompatibilité entre les fonctions de gardien et de préposé », *Dalloz* 1991, Chron. pp. 51 et ss.

(3) يصبح المقاول الحافظ للحضيرة خلال الفترة المستغرقة لتنفيذ المشروع.

(4) عد الشخص الذي ألقى حجرا أو غيره من الأشياء بالطريق، فقذفه برجله وأصاب [illegible] فتضرر منه، حافظا للحجر المذكور.

(5) تلك صورة الحائز للشيء والغاصب له.

(6) يمكن أن نفكر في وضعية التصرف من شخص في شيء بدون مالكه.

(7) قُضيَ: «إن المسؤولية الشيئية محمولة على الحافظ من ذلك أن الحادث الواقع بسيارة مستعارة تحمل مغارم ضررها على المستعير» (تعقيبي مدني عدد 10683، مؤرخ في 12 [illegible] 1974-2، نشرية م ت لسنة 1975، ص 4).

(8) Présomption de faute؛ من صور ذلك: J. Derrida : « Le fondement de l'article 1384 alinéa 1 et la théorie du risque créé », *RTD civ.* 1949, pp. 491 et ss.

وبعلا تجد من يؤسس مسؤولية الفصل المذكور على قرينة الخطأ[1] وتجد من يؤسسها على قرينة المسؤولية[2]، وتجد من يجعل منها مسؤولية بحكم القانون (Responsabilité de plein droit)، منتهين جميعا إلى طابع يكون لها التي[3] كما هي الحال في المسؤولية عن الحوادث المهنية والأمراض الشغلية، وتجد من يرى وأن مبنى المسؤولية موضوع نفس الفصل الضمان[4]، أو أن مبناها تحمل التبعة[5]، محاولا بذلك تخليصها من بوتقة الخطأ ومما يشكله من تضييق لانطباقها؛ ولا تستبعد أن تجد من يؤسس للمسؤولية المذكورة على كل هذه المباني، من خطأ وسببية وتحمل التبعة والضمان[6].

---

(1) قضي: «إن قرائن المسؤولية التي جاء بها الفصل المذكور لا توقف الواحدة مفعول الأخرى بل بالعكس فإن كلا منها يسري مفعولها كاملا لفائدة كل من المتضررين» (استئناف تونس، عدد 55430، مؤرخ في 31 جويلية 1962، ق ت لسنة 1960، عدد 10، ص 53 وما بعد).

(2) (Présomption de responsabilité)؛ يجوز في قرينة المسؤولية أن يقع التفصي من المسؤولية بإثبات الأمر الخارجي والذي فيه خصائص القوة القاهرة.

(3) A. Tunc : « Les causes d'exonération de la responsabilité de plein droit de l'article 1384, al. 1 », *Dalloz* 1985, Chron. pp. 83 et ss.

(4) (La garantie)؛ قضي: «حيث أن أساس القيام بهذه القضية هو الفصل 96 م ا ع المكرس للمسؤولية الشيئية وهي مسؤولية مفترضة ترتكز على الضمان وليس على الخطأ كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية الواردة بالفصل 83 من م ا ع، وبالتالي فلا وجه للتمسك باتصال القضاء بموجب الحكم الجزائي القاضي بإدانة سائق الحافلة وذلك لاختلاف السند القانوني بين الدعوى الجزائية والدعوى المؤسسة على الفصل 96 المذكور...» (تعقيبي مدني عدد 28375، مؤرخ في 24 ديسمبر 2003، نشرية م ت لسنة 2003، قسم مدني، جزء 2، ص 175)؛ مثله في الإقرار بأساس الضمان: تعقيبي مدني عدد 13615، مؤرخ في 31 جانفي 2002 (نشرية م ت لسنة 2002، قسم مدني عام، جزء 2، ص 130).

(5) (Le risque)؛ قضي: «إن المسؤولية عن فعل الأشياء لا ينظر فيها إلى خطأ حافظ الشيء وإنما هي مسؤولية موضوعية أساسها المبدأ القائل بأن من له النما عليه التوا...» (تعقيبي مدني، عدد 8919، مؤرخ في 7-6-2001، نشرية م ت لسنة 2001، قسم مدني، جزء 2، ص 85).

(6) قضي: «حيث أن أساس القيام بهذه القضية هو الفصل 96 من م ا ع المكرس للمسؤولية الشيئية وهي مسؤولية مفترضة ترتكز على الضمان وليس على الخطأ كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية الواردة بالفصل 83 من م ا ع وبالتالي فلا وجه للتمسك باتصال القضاء بموجب الحكم الجزائي القاضي بإدانة سائق الحافلة (القائم بالتعويض على شركة السكك الحديدية لتعويض ما ناله من أضرار نتيجة إصابة حافلته بمجرورة سكك حديدية بعد

وفي اعتقادنا أن النص التونسي إنما يعفي من كل هذا التردّد، باعتماد موقف واضح في اعتبار أن المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96 مبناها قرينة مسؤولية (عنصر 1)؛ وهو ما سوف يكون له نتائجه على صعيد التعويض بالنسبة للضحايا كما سوف نرى (عنصر 2).

عنصر 1 – نظام مبناه قرينة مسؤولية

يتأيد ذلك بالحالتين التي يعينهما الفصل 96 لكي يتمكن المطلوب من التفصّي من تبعات المسؤولية، وهما أن يثبت: «أولا – أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر؛ ثانيا – أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه».

فالحالة الأولى تحيل إلى قرينة الخطأ، والحالة الثانية إلى قرينة المسؤولية[1]؛ ولما كانت الحالتان متلازمتين استوعبت الثانية الأولى، فيجعل من مسؤولية الفصل 96 مبناها قرينة مسؤولية لا قرينة خطأ[2]؛

أن أحيل بدوره على القضاء الجزائي وصدر حكم بإدانته لأجل الحادث) وذلك لاختلاف السند القانوني بين الدعوى الجزائية والدعوى المؤسسة على أحكام الفصل 96 المذكور» (تعقيبي مدني، عدد 28375، مؤرخ في 24 ديسمبر 2003، نشرية م ت لسنة 2003، قسم مدني، ص 175)؛ مثله تقريبا في اعتبار مسؤولية الفصل 96 م ا ع «مسؤولية موضوعية مفترضة قانونا، أساسها الضمان وليس الخطأ» تعقيبي مدني عدد 24570، مؤرخ في 15 ماي 2003، نفس النشرية، ص 180 وما بعد.

(1) قضي: «... يستخلص من أحكام الفصل 96 من م ا ع أن المشرع وضع قرينة مسؤولية وليست قرينة خطأ على كاهل حارس الشيء والفرق بين قرينة المسؤولية وقرينة الخطأ هو أن هذه الأخيرة يكفي لدحضها إثبات عدم ارتكاب المطلوب لأي خطأ يمكن نسبته إليه في حين أن قرينة المسؤولية أوسع من ذلك ولا يكفي لدحضها إثبات انعدام خطأ المطلوب وإنما عليه إثبات قيامه بما يلزم لمنع الضرر الذي لم ينشأ عن أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب من لحقه» (تعقيبي مدني عدد 31822، مؤرخ في 4 جوان 2004، نشرية م ت لسنة 2004، قسم مدني، جزء 2، ص 195)؛ مثله تعقيبي مدني، عدد 2913، مؤرخ في 7 جويلية 2004، نفس المرجع، ص 187).

(2) وهو ما يميزها عن مسؤولية الفصل 94 الناشئة عن فعل الحيوان، حيث وقع التنصيص صراحة ضمن الفصل المذكور على أن إمكانية التفصي بالنسبة لحافظ الحيوان تكون بإثبات أحد الأمرين لا بكليهما (كما هي الحال في الفصل 96)، وهي «... إما أنه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسته (أي الحيوان) أو لتدارك ضرره، وإما أن الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة، أو بسبب فعل من لحقه الضرر»؛ قضي: «... الخطأ لا يدخل ضمن

وذلك ما يجعلها من المسؤوليات شبه المطلقة، حتى في اعتبارها مبنية على قرينة مزدوجة (قرينة مسؤولية وقرينة خطأ في ذات الوقت)[1]، لكون الحالة الأولى تستعمل عبارة «أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر» وهي عبارة تضيق في الأخذ بانتفاء خطأ الفاعل، لوجوب إثبات أنه قام بـ«كل ما يلزم»، و«كل ما يلزم» في نظر هذا قد يختلف عن «كل ما يلزم» في نظر ذاك[2]، وهو ما سمح لبعضهم في اعتبار مسؤولية الفصل مسؤولية بحكم القانون (Responsabilité de plein droit)، أي أنها ليست مما ينبني على القرائن مطلقا بل هي من القواعد التي اعتمدها المشرع في إطار سياسة غرضها التعويض الآلي، فلا مجال للتفصي منها، على غرار ما هو معتمد في مسؤولية حوادث الشغل والأمراض المهنية[3]، ولو أنه من أسباب ضررها أمر أجنبي كذلك[4].

الأركان اللازمة لتحقق المسؤولية عن الأشياء...» (قرار تعقيبي مدني عدد 76393، مؤرخ في 17 أفريل 2000، نشرية م ت لسنة 2000، قسم مدني، جزء 1، ص 151)؛ مثله تعقيبي مدني عدد 76750، نفس التاريخ ونفس المرجع، ص 148.

(1) تقضي: «إن الحكم بعدم سماع الدعوى في جريمة القتل على وجه الخطأ لانتفاء خطأ مرتكب الحادث لا يمنع من الحكم بالتعويضات المطالب بها على أساس الفصل 96 م ا ع لأن الخطأ الوارد بهذا النص هو خطأ في الحفظ وليس خطأ شخصيا وعلى هذا الأساس فإن الحافظ يتحمل بسبب فعل الشيء الذي هو في حفظه قرينة مسؤولية...» (تعقيبي مدني عدد 62825، مؤرخ في 23 فيفري 1998، نشرية م ت لسنة 1998، قسم مدني، جزء 2، ص 166)

(2) تقضي: «وحيث بينت محكمة القرار المنتقد أن مؤمن المعقبة قام بالدوران الفجئي من اليمين إلى اليسار دون الإشارة إلى ذلك باستعمال تغيير أضواء الاتجاه وهو بالتالي لم يفعل كل ما يلزم لمنع الضرر ومسؤوليته على معنى أحكام الفصل 96 تبقى قائمة» (تعقيبي مدني عدد 26433، مؤرخ في 29 ديسمبر 2003، نشرية م ت لسنة 2003، قسم مدني، جزء 2، ص 186).

(3) يبدو ذلك الاتجاه الغالب في فقه قضاء محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة، خاصة القرارات عدد 23564 و44851 و45882 و42389 الصادرة بتاريخ 16 مارس 1995 (حول القرارات المذكورة، يراجع: عبدالله الأحمدي في تعليقه عليها، ق ت لسنة 1995، العدد 10، ص 57 وما بعد)؛ نذير بن عمو، «L'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité civile» المجلة القانونية التونسية، سنة 1996، عدد 2، ص 27 وما بعد؛ الحبيب دحلوح: «L'évolution de la responsabilité civile du fait des choses inanimées en droit tunisien ou l'article 96 du COC à la croisée des chemins»، مجلة دراسات قانونية لكلية الحقوق بصفاقس، العدد 8، عام 2001، ص 131 وما بعد.

... صريح الفصل 96 من م ا ع أن مجرد وقوع حادث يكون قرينة خطأ

ومع أنه من الصعب على المتبع لأجلها أن يتفصى من تبعاتها فإن مسؤولية الفصل 96 تبقى من المسؤوليات النسبية[1]؛ بمعنى ذلك وأنه يمكن للمساءل بها أن يتخلص من أعبائها، شريطة أن لا يكون قد اقترف خطأ قصديا واضحا (Faute caractérisée) كالانتحار، وأن يكون تصرفه مما يأتيه كل شخص في تفادي الأضرار، وأن السبب فيما حصل من ضرر يعود إلى قوة قاهرة، وفعل الغير أو فعل الضحية التي ينبغي أن تستوعب لمفردها كافة الضرر مع اشتمالها على صفات السبب الخارجي[2].

عنصر 2 – نتائج قرينة المسؤولية

أن يكون مبنى مسؤولية الفصل 96 قرينة مسؤولية فلذلك جملة من النتائج: موضوعيا (أ) وإجرائيا (ب).

أ) النتائج الموضوعية

تختلف المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 96 عن تلك الشخصية موضوع الفصلين 82 و83 من مجلة الالتزامات والعقود: فالأولى، مردها

محمولة على سائق السيارة فلا تبرأ ذمته من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قام بجميع ما يلزم لاجتناب الحادث ولا يعفيه من ذلك خطأ المتضرر مهما كانت درجته» (تعقيبي عدد 7773، مؤرخ في 29 أفريل 1971، ق ت 1972، عددا 4 و5، ص 37).

(1) مبدأ: «طالما ثبت أن سائق السيارة بذل كل ما في وسعه لمنع الضرر وذلك بالمحيار إلى أقصى اليمين وتوقفه تماما عن السير وأن الضرر نتج بسبب من لحقه وكذلك بسبب شركة الأشغال التي لم تتخذ ما يلزم لتنبيه مستعملي الطريق بوجود مخاطر مخلفات الواقعة فإن أسباب التفصي من قرينة المسؤولية على معنى الفصل 96 من م ا ع متوفرة» (تعقيبي مدني عدد 1017، مؤرخ في 18 جوان 2004، نشرية م ت لسنة 2004، قسم مدني، جزء 2، ص 199).

(2) قضي: «للدحض قرينة المسؤولية المحمولة على حافظ الشيء يتعين عليه إثبات أمرين متلازمين، أولهما أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر وثانيهما أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب ما لحقه وذلك عملا بالفصل 96 م ا ع وتأسيسا على ذلك فإن محكمة القرار المنتقد لما اعتبرت أن خطأ المتضرر وحده لا يكفي لدحض قرينة المسؤولية وأن الملف خال من ثبوت وفر الشرطين المنصوص عليهما بالفصل 96 م ا ع يكون حكمها في طريقه ولا مطعن فيه» (تعقيبي مدني عدد 62448، مؤرخ في 5 فيفري 1998، نشرية م ت لسنة 1998، قسم مدني، جزء 2، ص 169).

عراز ما اعتمد في حوادث الشغل والأمراض المهنية، ولكنه يحدّد من المبالغ بعنوان ذلك بما لا تستجيب لتطلعات الضحايا في تقوية ما عين لهم من المستحقات[1]

مبحث 1

الأنظمة الخاصة بالمسؤولية الشيئية

هما نظامان بالأساس: نظام مسؤولية شيئية عن فعل الحيوان ونظام مسؤولية شيئية عن سقوط البناء؛ وبالرغم من تباين الأولى في بعض الأحكام مع النظام العام موضوع الفصل 96 (قسم 1)، فإن ما يميز الثانية هو التقارب مع هذه الأخيرة كما سوف نرى (قسم 2).

قسم 1 – المسؤولية الشيئية عن فعل الحيوان

وقع التنصيص عليها بالفصلين 94 و95 م ا ع، وهو ما يقدمها بمثابة المسؤولية الشيئية المستقلة عن تلك التي وقع بمناسبتها صياغة القواعد العامة موضوع الفصل 96[2]؛ ولهذا الموقف أن يتدعم بالأحكام التي تختص بها المسؤولية عن فعل الحيوان مقارنة بالمسؤولية العامة عن فعل الأشياء لاسيما فيما يتعلق بقوة هذه مقارنة بتلك (فقرة 2)؛ ومع ذلك تبقى المسؤولية عن فعل الحيوان من تطبيقات المسؤولية الشيئية، لكون الحيوان شيء في التنظير القانوني، وهو ما يتدعم بشروط المسؤولية المترتبة عن فعل الحيوان مجملا (فقرة 1)

---

(1) هو القانون عدد 86 لسنة 2005، المؤرخ في 15 أوت 2005، والمتعلق بإدراج عنوان خامس بمجلة تأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال العربات البرية ذات محرك ونظام التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص في حوادث المرور (رائد رسمي عدد 67 لسنة 2005، المؤرخ في 23 أوت 2005، ص 2335).

(2) يمكن لهذا الموقف أن يتأيد من موقع الفصلين 94 و95 أعلاه بالمجلة والذين سبقا في الترتيب المسؤولية موضوع الفصل 96.

فقرة 1 – شروط المسؤولية عن فعل الحيوان[1]

تستوجب المسؤولية عن فعل الحيوان ضررا ينشأ عن حيوان[2] وعلاقة سببية بين فعل الحيوان والضرر المتداعي بشأنه[3]؛ كما تستوجب، قياسا ـ مع سابقتها ـ معطيين: شيء يكون وجوبا حيوانا (عنصر 1) وشخص له السلطة على الحيوان المذكور يصطلح عليه هنا أيضا بالحافظ (عنصر 2).

عنصر 1 – مفهوم الحيوان

يطرح مفهوم الحيوان بعض الإشكالات لاختلاف نوعية الحيوانات وطبيعاتها؛ والاتجاه عموما نحو التوسع في المفهوم المذكور: فيدخل في نطاقه الحيوان الأليف والحيوان الهائم والحيوان الأهلي والحيوان الضاري (أو المفترس).

ومن أمثلة الحيوانات الأليفة ما يربى في المنازل وما يتبعها، كالقطط والكلاب والقفقمة...؛ ومن الحيوانات الأهلية، ما يحتفظ به الإنسان للاستعمال (الفلاحة، النقل، حمل الأدوات والمحاصيل...) أو الاستهلاك، من مثل الخيل والطير...؛ ومن أمثلة الحيوانات السارية: الأرانب والكلاب والثعالب... وغيرها مما يضرب في الأرض، دون ضابط ..؛ ومن أمثلة الحيوانات الضارية: الذئاب المفترسة (للإنسان أو لغيرها من سائر الحيوانات الأخرى) والأسود والنمور وغيرها مما يعيش في الأدغال بطرا

---

(1) حول هذه المسؤولية يراجع: Ch. Samaran « La responsabilité civile à raison des dommages causés par les animaux », *RTD* 1957-1958, pp. 22 et ss.

(2) غالبا ما تتمثل الأضرار المترتبة عن فعل الحيوانات في فساد محصول أو هلاك حيوانات أخرى (أهلية)؛ وأحيانا في مضرة بدنية لشخص...

(3) قد يثير شرطا الضرر والسببية بعض الإشكاليات، فلا يؤخذ بفعل الحيوان إلا متى كان فعالا؛ ولا يؤخذ بضرره إلا متى كان لغير المسئول عنه أو لحارسه. قُضيَ: "إن الفصل 94 م ا ع يحمل مسؤولية الضرر على من كان الحيوان تحت حفظه... (فـ) الحارس لا يكون مسؤولا لما يتسبب (له) فيه... وإذا لزم حمل مسؤولية الضرر (على رب الحيوان) فلا يكون ذلك عملا بالفصل المشار إليه (فلا تتولد) المسؤولية (هنا) إلا عن خطأ تعاقدي" (تعقيبي مدني عدد 3059، مؤرخ في 14 مارس 1939، ق ت لسنة 1960، عدد 9 و10، ص 178)..

لطبيعتها المتوحشة، والتي قد يستجلبها الإنسان للعرض بالحدائق العمومية أو لتنظيم التظاهرات الترفيهية (السرك) ويحصل أن تنفلت أحيانا، فتترتب عنها أضرار بالمال وبالعباد...

ويطرح في تحديد قائمة الحيوانات ـ التي يجوز، أو لا يجوز التصريح بالمسؤولية لشأنها ـ فيما يتعلق بالزواحف من مثل التماسيح، والثعابين وغيرها... ولا يرى الفقه مانعا من التصريح بالمسؤولية لأجلها، متى كانت قابلة للحفظ بالمفهوم القانوني، شأنها في ذلك شأن الحشرات أو على الأقل البعض منها (من مثل النحل والنمل والعقارب...)(1)...

عنصر 2 - مفهوم حافظ الحيوان

لا شك وأن الحافظ محور المسؤولية الشيئية الحيوانية وهو ما يحدد مناطها؛ والمقصود بذلك من كان واضعا يده على الحيوان أو كان بإمكانه أن يضع يده عليه، سواء بحكم الأمر الواقع (المراقبة)، أو بالقانون (من استجلبها وكان عليه أن يتخذ الاحتياطات لمراقبتها)(2).

وما يلاحظ في مفهوم حفظ الحيوان، اعتماد المشرع بعض الاختلاف مع مفهوم الحفظ موضوع الفصلين 94 و95 من مجلة الالتزامات والعقود؛ وفعلا جاء ببداية الفصل الأول في الذكر ما يلي: «كل من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع منه بعد أن انفلت أو ضل...» وجاء بالفصل الثاني في الذكر ما يلي: «مالك الأرض ومستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرر الحيوانات الموجودة سواء كانت ضارية أو أهلية إن لم يكن سعى في جلبها أو في بقائها بالمكان. لكنه يضمن في صورتين: أولا: إن كان في أرضه مأوى للحيوان أو غابة أو بيوت نحل أو زريبة لتربية أو حفظ

(1) يمكن إقرار هذه القاعدة عملا بالقياس مع مقتضيات الفصل 95 في استعماله صراحة لعبارة «بيوت نحل».

(2) قضي: «إن الفصل 94 م ا ع يحمل مسؤولية الضرر على من كان الحيوان تحت حفظه. ويعتبر مكلفا بالحفظ الشخص الذي سلم له حيوان ليحرسه طبق شروط معينة...» (تعقيبي مدني عدد 3059، مؤرخ في 14 مارس 1939، ق ت لسنة 1960، عددا 9 و10، ص

بعض حيوانات معدة للتجارة أو الصيد أو الأكل - ثانيا: إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة».

ويتضح من الفصلين 94 و95 م ا ع وأن المشرع التونسي لم يقتصر في تحديد الحافظ عن فعل الحيوان بالمفهوم القانوني، بل وبذلك المادي أيضا؛ وهو ما يمكن من استنتاج القواعد الآتية:

القاعدة الأولى مبدئية: مفادها وأن من تتوفر فيه صفة الحافظ، يتحمل مسؤولية ما ينشأ من ضرر حيوان؛ والحافظ هو من تتوفر لديه عناصر الحفظ موضوع الفصل 96 والمتمثلة في استعمال الحيوان وفي توجيهه وفي مراقبته(1) والتي غالبا ما تتوفر في شخص المالك، ولكنها قد تلتئم في شخص غيره بحكم انتقال الحفظ إليه، إمّا إراديا (حالة من يستحوذ على الحيوان) وإمّا اتفاقيا (بمقتضى عقد وديعة، حراسة...)؛ ومن ثمة يمكن القول بوجود قرينة حفظ على المالك، ولكنها قابلة للدحض، خاصة بإثبات انتقال عبء الحفظ إلى غيره(2).

القاعدة الأولى أعلاه، يمكن أن تنطبق على الحيوانات الأليفة والأهلية، ولكنها قد تشهد صعوبة في غيرها من الحيوانات الهائمة (من مثل الأرانب والكلاب الحرة...) والضارية (من مثل الحيوانات المفترسة)؛ وهو ما يبرر إلى اعتماد **قاعدة أخرى**، تؤدي إلى الأخذ بالمفهوم المادي للحفظ، وهي أن توجد الحيوانات المذكورة في قبضته فعليا أو بالقدرة إن صح التعبير؛ والقبض المادي يستوجب أن يكون الحيوان مشدودا من المطلوب، أما

(1) قضي: «إن الضرر الناشئ عن الكلب الموجود ببيت الزواج لا يحمل على الزوج إلا إذا أثبت أن الزوج هو الحافظ المادي للحيوان وعدم إبراز ذلك ضعف بوجوب التنقيص» (تعقيبي مدني عدد 9787، مؤرخ في 13 نوفمبر 1973، نشرية م ت لسنة 1974، قسم مدني، ص 5)...

(2) قضي: «... فملكيته (المطلوب) للحيوان إنما هي قرينة فقط على أنه في حفظه وتحت حراسته» (تعقيبي مدني عدد 1417، مؤرخ في 24 ديسمبر 1962، نشرية م ت لسنة 1962، قسم مدني، ص 71)...

القدرة فتفترض أن يكون في ربوعه، مع إمكانية القبض عليه وتلك الحال بالنسبة لمالك الأرض أو مستأجرها..

فقرة 2 – قوة المسؤولية عن فعل الحيوان

ليست المسؤولية الشيئية موضوع الحيوان بالحتمية، بل يمكن للمطالب بها أن يتفصى من تبعاتها؛ وهو ما يقتضيه الفصلان 94 و95 م ا ع؛ ومما يذكر في ذلك تأسيس المسؤولية المذكورة على قرينة مسؤولية، وهو ما يجعل المطالب بتبعاتها مسؤولا مبدئيا، ولكن القرينة القانونية قابلة للدحض؛ نتيجة ذلك وأن المطلوب بتعويض أضرار ناجمة عن فعل الحيوان يمكنه التفصي من تبعات التعويض، مع الاختلاف في ذلك بين ما أن يكون المطلوب مساءلا على أساس نظرية الحفظ القانوني (عنصر 1) أو على أساس نظرية الحفظ المادي للحيوان (عنصر 2).

عنصر 1 – تفصي المطلوب على أساس الحفظ القانوني

تنظمه أحكام الفصل 94 م ا ع التائل لما يلي. «... من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع بعد أن انفلت أو ضل ما لم يثبت أحد الأمرين: إما أنه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسته أو لتدارك ضرره؛ وإما أن الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لحقه الضرر..».

فالمطلوب بالمسؤولية الشيئية الحيوانية يمكنه ـ حسب هذا الفصل ـ مبدئيا، كما هي الحال في سائر المسؤوليات الأخرى، أن يتفصى من التعويض بإثبات الأمر الخارجي والذي يشمل فعل الغير وفعل الضحية؛ ومن الأمور الخارجية أن تأتي على البلاد جائحة جراد مثلا، أو كارثة جردان.. ويشترط في قبول التفصي بشأنها أن تتوفر في الجائحة شروط القوة القاهرة من خارجية واستحالة توقع، وخاصة استحالة دفع (إذ من الجائحات ما يكون متوقعا ولكن ما لا طائل للمرء على دفع مضاره)؛ أما

فعل الضحية فقد يتمثل في مشاكسة من المتضرر نفسه للحيوان، أو عدم اتخاذه للوسائل الكفيلة بتفادي أضراره[1].

ويمكن للمساءل بالمسؤولية عن فعل الحيوان أيضا إذا ما تعذر عليه الدفع بالأمر الخارجي أن يدفع بانتفاء خطئه، ويكون ذلك بإثبات أنه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسة الحيوان وتدارك ضرره؛ ويكون ذلك بتغذيته التغذية السليمة وحبسه الحبس اللازم، ومعاملته المعاملة المعقولة... ومن ثمة يتضح وأن أساس المسؤولية الشيئية لفعل الحيوان قرينة خطأ، وتلك الحال في المساءلة على أساس الحفظ المادي أيضا.

عنصر 2 – تفصّي المطلوب على أساس الحفظ المادّي

تنظمه أحكام الفصل 95 م ا ع القائلة. «مالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرر الحيوانات الموجودة في أرضه سواء كانت ضارية أو أهلية إن لم يكن سعى في جلبها أو في بقائها بالمكان. لكنه يضمن في صورتين: أولا: إن كان في أرضه مأوى للحيوان أو غابة أو بيوت نحل أو زريبة لتربية أو حفظ بعض حيوانات معدة للتجارة أو الصيد أو الأكل؛ ثانيا. إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة».

وتحكم التفصي من المساءلة على أساس الحفظ المادي للحيوان الضار أيضا جملة من القواعد التي تختلف بطبيعة الأرض، إن كانت مهيأة لاستقرار الحيوان المذكور من عدمه: فإذا ما كانت الأرض غير معدة لذلك فالقاعدة مبدئيا وأن لا مسؤولية لصاحبها، إلا أن يكون قد سعى في جلب الحيوان أو في توطينه فيها؛ وهو ما يستوجب على المتضرر إثبات السعي في

(1) قضي: «إن الحيوان الجار لعربة وسقط سقطة تعرضه للموت وبادر الغير تطوعا منه بإنقاذه مما دفع الحيوان عند نهوضه إلى ضرب (غانجو) العربة برجله، فصادف ذلك الغانجو عين الشخص المذكور ففقأها فيكون هو المتسبب في ضرره بعدم الاحتياط ولا تعويض له على صاحب العربة والحيوان وبذلك فإن الحكم الصادر بعدم سماع دعواه في طريقه ولا مطعن فيه» (تعقيبي مدني عدد 4430، مؤرخ في 11 نوفمبر 1981؛ نشرية م ت لسنة 1982، قسم مدني؛ ص 101)..

جلب الحيوان ومسكه، ويكون بجميع الوسائل، اعتبارا إلى طبيعة الأفعال كوقائع قانونية.

وإذا ما كانت الأرض معدة لاستقرار الحيوان، وهو ما يعرفه المشرع بطبيعة الأرض كغابة أو أرض صيد وكذلك بوجود مأوى للحيوان أو غابة أو نحل أو زريبة تأوي حيوانات للأكل أو للتجارة أو للصيد... فإن مالكها يتحمل المسؤولية عن الحيوانات الضارة التي وجدت بها (أو انطلقت منها) ولو أنها ليست من حيواناته؛ وهو ما يوحي بتأسيس المسؤولية هنا على قرينة مناطها طبيعة الأرض الحيوانية إن صح التعبير، إما لكونها غابة، أو لكونها أرض صيد أو لوجود مأوى حيوانات بها، وقابليتها لجلب حيوانات فيها (لا أن يثبت وأن صاحبها قد أخطأ بالسعي في جلب الحيوانات أو في مسكها)، وهو ما يبدو مخففا على المتضرر.

ويطرح التساؤل في الحالة الأخيرة في الذكر إن كان المشرع يذهب في التخفيف على المطلوب إلى أبعد من ذلك أم أنه يتراجع فيما ذكر، وهو ما يتوقف عن مناط القرينة عن فعل الحيوان إن كان مبناها الخطأ المفترض من صاحب الأرض أم ما يجنيه هذا الأخير من فائدة من ذلك، ففي الحالة الأولى يمكن أن تقبل القرينة الدحض، وفي الحالة الثانية لا تقبل؛ وربما رأى المشرع بالحل الثاني (التأسيس على الفائدة) لاستعماله، ضمن الفصل 95، لعبارة «يضمن» وهو ما يجعل من مسؤولية صاحب الأرض المهيأة لقبول الحيوان وتوطينه بها مسؤولية أساسها تحمل التبعة، لا الخطأ، فيؤدي ذلك إلى استبعاد الأخذ بانتفاء الخطأ من جانب صاحب الأرض محل التتبع، وهو ما ينبغي أن يحثه على تأمين تبعات ملكه ونشاطه...

قسم 2 - المسؤوليّة الشّيئيّة عن سقوط البناء

وقع التنصيص على نظام المسؤولية الشيئية هذه بالفصل 98[1] وخاصة بالفصل 97[1] بمجلة الالتزامات والعقود؛ ويمكن من خلال الفصلين المذكورين تحديد **نطاق انطباق المسؤولية عن** سقوط البناء (فقرة 1) **ونظامها القانوني** (فقرة 2).

(1) جاء الفصل 97 من مجلة الالتزامات والعقود ناصا على ما يلي: «مالك ربع أو بناء مطلقا عليه ضمان الضرر الناشئ من انهدامه أو سقوط بعضه لقدمه أو لعدم القيام بحفظه أو لخلل ائه. وهذا الحكم يجري في سقوط ما كان تابعا للبناء كالأشجار والماكينات اللاحقة بأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم التبعية. وإذا كانت الأرض لمالك والأنقاض لغيره فمالك الأنقاض هو المطلوب بالضرر (فقرة 1) وإذا كان القيام بحفظ البناء على شخص آخر دون المالك بموجب عقد أو غيره من الحقوق كالاستغلال فالضمان عليه (فقرة 2) وإن كان في الملك نزاع فالضمان على من كان بيده (فقرة 3) غير أن القيام بتعويض الضرر في الأحوال المقررة آنفا لا يقبل إلا بعد خطاب مالك العقار على مقتضى العوائد التي ... وإنذاره عند وجود خطر ظاهر (فقرة 4)».

فقرة 1 - نطاق انطباق المسؤوليّة عن سقوط البناء

يتحدد نطاق انطباق المسؤولية المذكورة بمعطيين على الأقل: ميدان **البناء**، من جهة (**عنصر 1**) وأسباب الأضرار الموجبة للتعويض لأجل ذلك من جهة أخرى (**عنصر 2**).

عنصر 1 - ميدان مسؤولية الفصل 97 م اع

جاء ببداية الفصل 97: «مالك ربع أو بناء مطلقا...». وجاء بنفس الفصل أيضا: «وهذا الحكم يجري في سقوط ما كان تابعا للبناء...» وتتضح من هاتين الصياغتين نية المشرع في جعل المسؤولية موضوع الفصل 97 مسؤولية لها مناط أصلي (أ) وآخر تبعي (ب)

أ) المناط الأصلي

هو حسب الفصل 97 «الربع» و«البناء».

وإذ تثير عبارة البناء إشكالا، فإن عبارة الربع لا تمنع من ذلك؛ فالربع في اللغة العربية هو المساح؛ ولكن الصياغة الفرنسية للنص من شأنها أن ترفع الالتباس لاستعمالها عبارة Edifice(s) et autres constructions والمقصود

(1) جاء الفصل 98 من مجلة الالتزامات والعقود ناصا على ما يلي: «إذا توقع صاحب محل انهدام بناء مجاور له أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنيا على أسباب معتبرة فله أن يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه على مقتضى الفصل 97 أن يتخذ الوسائل اللازمة لمنع الضرر».

بذلك كل بناية وربما حسن استعمال عبارة «المنشأة» لكونها أشمل في النطاق من عبارة بناء أو ربع.

ومع ما توحي به عبارة «ربع وبناء مطلقا» من الشمولية إلا أنها ليست كذلك بالفعل؛ فليس كل بناء مما يؤدي إلى تطبيق مسؤولية الفصل 97؛ ولا كل ربع كذلك؛ فمن الربوع وما يلتئم عليها من بناءات ما يكون له أصل ثابت وركيزة مرتبطة بأديم الأرض، ومنها ما يكون قابلا للتحويل؛ ومن الأبنية ما يكون بسطح الأرض ومنها ما يكون بالبحر... فهل أن جميعها يطوله الفصل 97؟ التساؤل ممكن، لاسيما اعتبارا إلى ما شهده ميدان البناء من تطور في التقنيات وإلى تنوع في المظاهر.

ولا يخلو الغموض في هذا الشأن من الآثار؛ وهو ما له انعكاسات تتجسم تأويلا قد يوسع وقد يضيق في نطاق الفصل 97، مع ما يترتب عن ذلك من حرمان لمتضررين قد لا يكون السبب في ضررهم بناء بالمفهوم التقليدي.

وما من شك في شعور المشرع بهذه السلبية؛ وهو ما سوف يحاول أن يتلافاه بقانون لاحق، أصدره بتاريخ 31 جانفي 1994[1] مستعملا فيه عبارة «منشأة» عوضا عن عبارة «بناء»، معرفا إياها (أي المنشأة) بكونها «كل ما أقيم على سبيل القرار باستعمال مواد البناء سواء كان ذلك فوق الأرض أو في مستواها أو في باطنها أو فوق الماء»؛ وهو معطى يمكن أن يستعمل في تأويل الفصل 97، فيقصر انطباقه على مسؤولية من أشياء تم بناؤها لكي تدوم، لا تلك التي تنصب لوقت معين أو لزمن قصير، فيرجع بالمسؤولية المترتبة عنها إلى مقتضيات الفصل 96 م ا ع والذي له - كما قلنا - صبغة عامة؛ وفي استثناء هذه المنشآت من نطاق الفصل 97 م ا ع مبرر، إذا لا يعامل الشيء الثابت بمثل ما يعامل به الشيء غير الثابت.

(1) هو القانون عدد 9-94 المؤرخ في 31 جانفي 1994 يتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية بميدان البناء.

وبالتمعن في أحكام الفصل 97 فيما يتعلق بمناط انطباقه يتضح وأن ذلك يشمل العقار لا المنقول وهو ما سوف يتبين بصفة أجلى مع مجلة الحقوق العينية التي تعتبر العقار من عناصر المال، معرفة إياه بكونه: «كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف»؛ ومن ثمة يتجلى وأن ما يثبت بالبراغي ليس بعقار؛ فالالتحام بالأديم - سوى كان أرضا أو بحرا - من مجسمات العقار؛ ولكن العقار له مفهوم أوسع، وهو ما يتأكد من المقتضيات المتعلقة به بمجلة الحقوق العينية، والتي أعلن عنها المشرع منذ سنة 1906 باعتماده لما سوف يستقر عليه القانون التونسي من تفرقة بين العقار بطبيعته، والعقار بالتبعية.

ب) المناط التبعي

قد يبادر للذهن من صياغة الشطر الأول للفصل 97 وأن العقار يقتصر على ما يكون ملتحما بأديم وهي عملية غالبا ما يأتيها الإنسان لغاية الدوام... ولكن بقية الفصل من شأنها أن تبدد هذا الاعتقاد؛ فمن العقارات ما له طبيعة المنقول أصلا وما يأخذ صفة العقار بحكم تبعيته له؛ ومن العقارات ما يكون طبيعيا؛ ومنها ما تتكون له هذه الصفة بحكم القانون (تصورا إن صح التعبير)

وقد حاول الفصل 97 اعتماد تعاريف واسعة لكل العقارات في استعماله لكاف التشبيه والتي تجعل من التطبيقات المذكورة بالنص تطبيقات مساقة على سبيل الذكر، لا الحصر، وهو ما يمكن من التوسع في عددها إلى غيرها باستعمال آلية القياس... فيوسع ذلك في قائمة الأبنية موضوع الفصل 97 إلى الآلات المثبتة بالأبنية تثبيتا دائما، مستثنيا من ذلك ما يقع تثبيته بالبراغي والتحكم الفيزيائي وما يوسع في القائمة المذكورة من الأشجار التي تعد عقارات بطبيعتها إلى الصخر والجبال والغيران... وما يجد مبررا في أن العديد من هذه العناصر الطبيعية أمكن للإنسان تهيئتها واستعمالها في أغراض سكنية وصناعية وأحيانا وحرفية أحيانا أخرى والذي يهيئ عناصر من هذا القبيل يصير منها بناءات وربع على مقتضى الفصل 97 وعليه ضمان ما ينشأ من أضرارها ولو أنه لم يكن الباني الأصلي لها...

ومما يعد عقارات بالتبعية في منظور الفصل 97 عناصر منقولة تدمج بالبناء، ومن ذلك الأبواب والشبابيك وغيرها والتي يصطلح على جميعها بالعقارات بالتخصيص، فهذه خاضعة لأحكام الفصل 97 أيضا باعتبارها بناءا وربعا. وكذلك ما يخصصه المالك من المنقولات للاستغلال، شريطة أن لا تكون خاضعة لنظام الترسيم، ومن ذلك جرّارات الفلاحة والبواخر وغيرها. وهو ما يثير التساؤل عن قابلية الفصل للانطباق عليها من عدمه. وربما اتجه استثناؤها من نطاق الفصل، لطبيعته الاستثنائية التي تحتم التضييق في مجال تدخله. وليس في ذلك من أثر سلبي على المتضررين الذين يمكنهم الاعتماد – قصد جبر أضرارهم – على أحكام الفصل 96 بنفس المجلة. فلا يستثنى من ذلك سوى الأنقاض أي المتحصل من الانهدام أو السقوط والتي يجعل منها الفصل 97 مناطا للمسؤولية التي يقررها.

عنصر 2 – أسباب مسؤولية الفصل 97 م ا ع

يحددها الفصل بحالات (أ) خاضعة لشروط (ب).

أ) حالات المسؤولية

هما حالتان بالأساس:

الحالة الأولى الموجبة لمسؤولية الفصل 97 م ا ع تتكون بانهدام البناء وسقوطه. ولا يرى من فائدة في استعمال عبارتي الانهدام والسقوط واللذان يشكلان مترادفات في اللغة العربية. وربما أوحت الأولى بالسقوط التلقائي، والثانية بالسقوط بفعل فاعل... وسواء تعلق الأمر بهذا أو بذاك فان الانهدام والسقوط يمكن أن يشملا جميع البناء أو البعض منه فقط.

الحالة الثانية الموجبة لمسؤولية الفصل 97 م ا ع تنشأ بسبب الخلل في البناء. ولا تخلو هذه العبارة من الغموض لإمكانية تنوع مظاهر الإخلالات. فهل تنطبق على الخلل في التصميم وهل يمكن أن تشمل عيوب المواد؟ وهل لا توجب طبيعة الفصل الاستثنائية التأويل الضيق فيقف ذلك حائلا نطاق تطبيقه؟؟؟ الأرجح وأن لا موجب للتضييق في التأويل هذه المرة، وإلا لأدى الأمر إلى إفراغ الفصل من قيمته. وما من ريب في شعور المشرع بنقيصة الفصل 97 من هذه الوجهة؛ وهو ما سوف يدفعه إلى تفادي ذلك بالقانون اللاحق الصادر كما قلنا خلال شهر جانفي 1994 حيث يتوسع في مفهوم الخلل لكي يشمل التصميم والمواد في ذات الوقت. غير أن ما يميز أحكام الفصل 97 عن أحكام قانون جانفي 1994 شروط من شأنها أن تضيق في نطاق الفصل المذكور إلى ما يجعل من هذا الأخير كصمام أمان أمام من لم يمكنه استعمال القانون السالف في الذكر.

ب) شروط المسؤولية

الشروط التي يستوجبها الفصل 97 للأخذ بانهدام البناء وسقوطه كسبب في إعمال المتعارف عليه بمسؤولية البناء اثنتان: القدم من جهة وعدم القيام بالحفظ أو التقصير فيه، من جهة ثانية.

لا نخال وأن شرط القدم من شأنه أن يثير إشكاليات؛ ولكنه مما قد يوحي باستبعاد مسؤولية الفصل 97 أن يكون الانهدام موضوع بناء جديد؛ فهل هذا يعني وأن لا مسؤولية عن الأضرار في هذه الحالة؟ الإجابة تكون بالنفي؛ ولكن القواعد المنطبقة هنا ليست بتلك موضوع الفصل 97 وإنما موضوع الفصلين 82 و83 بنفس المجلة واللذان يستوجبان إثبات الخطأ في جانب من تولي البناء نفسه. ولا غلو إذا قلنا بشعور المشرع التونسي بسلبية هذا الموقف فحاول تلافيه بمقتضى قانون جانفي 1994 محددا مسؤولية المتدخل في البناء خلال مدة تدوم عشر سنوات جراء الانهدام والسقوط التي تطول من تدخلوا في بنائه، بقطع النظر عن وجود خطأ من عدمه.

أما الشرط المتمثل في عدم القيام بالحفظ، فمن شأنه أن يدمج بناءات قد لا تكون قديمة. وكل ذلك يدمج التقصير –وبالتالي الخطأ– في تطبيق الفصل 97، وهو ما يثير التساؤل اعتبارا إلى استعمال الفصل المذكور لعبارة «عليه ضمان الضرر» حيث من المتعارف عليه وأن الضمان آلية للنفع تكتفي بوجود الضرر، بقطع النظر عن وجود خطأ من عدمه؛ «

ولا يفوتنا في المسؤولية الشيئية موضوع الفصل 97 التذكير بمقتضيات الفصل 98 أيضا والتي تسمح لجار له تخوفات من بناية محاذية بسبب ما بنايته من تداع أن يلزم المتصرف فيها على إصلاح تداعياتها، أو على الأقل يتخذ كل ما ينبغي لمنع ضررها...

الفهرس